

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL E O MÍNIMO
EXISTENCIAL

MÔNICA FIGUEIREDO DE SOUSA LEMES

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

LISBOA – 2019

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL E O MÍNIMO
EXISTENCIAL

MÔNICA FIGUEIREDO DE SOUSA LEMES

Dissertação orientada pelo Professor Doutor LUÍS MIGUEL PRIETO
NOGUEIRA DE BRITO, elaborada para obtenção do grau de Mestre em
Ciências Jurídico-Políticas.

LISBOA – 2019

*“Ninguém caminha sem aprender a caminhar,
sem aprender a fazer o caminho caminhando,
refazendo e retocando o sonho pelo qual se pôs
a caminhar”.*

Paulo Freire

RESUMO

O direito fundamental social à educação, cerne do ordenamento jurídico e ponto de partida para percepção, entendimento e alcance de todos os demais direitos, estabelece grande ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista ser o direito que possibilita e capacita o indivíduo à mudança de vida, viabilizando oportunidades, com vista à propagação do bem-estar social. Assim, esta dissertação tem por objetivo analisar a fundamentalidade do direito à educação no Brasil, com foco na etapa da educação infantil, de modo a considerar se tal etapa compõe um mínimo existencial e possui uma dimensão subjetiva e refletir acerca de suas consequências e algumas peculiaridades no cenário brasileiro, tanto em âmbito normativo, quanto doutrinário e jurisprudencial. O tema possui grande relevância, devido promover a reflexão sobre os institutos do mínimo existencial e da reserva do possível, da legislação e da realidade fática brasileira na concretização do direito à educação infantil, e, perpassando todos esses assuntos, o posicionamento que o Supremo Tribunal Federal brasileiro manifestou em análise ao ingresso de crianças em creches e pré-escolas. Ganhará destaque o poder judiciário, tendo em vista o papel por ele desempenhado em busca de efetivação do direito à educação do indivíduo.

Palavras-chave: Direito à educação infantil. Direitos Fundamentais Sociais. Direito Público Subjetivo. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

ABSTRACT

The fundamental social right to education, the core of the legal system and the starting point for the perception, understanding and reach of other rights establishes a great connection with the principle of the human dignity, considering it is the right that enables and makes possible the individual to change their life, providing opportunities and propagation of social welfare. Therefore, this dissertation's goal is to analyze the fundamental right to education in Brazil, focusing on the early childhood education, in order to consider whether this stage consists in an existential minimum and whether it has a subjective dimension and to reflect on its consequences and some particularities in the Brazilian scenario, in normative reach as well as in legal scholars and courts precedents. This subject has great importance, because it promotes discussion about the existential minimum institutes and the possible reserve about the legislation and the fateful Brazilian reality in providing the right to an early childhood education and, intersecting all these subjects, the position the Brazilian Federal Supreme Court has expressed about the admission of children in daycares and preschools. The judicial branch will be enhanced because of its role in pursuing the individual's right to education.

Keywords: Early Childhood Education Right; Fundamental Social Rights; Subjective Public Right; Minimum Existential; Possible Reserve.

NOTA PRÉVIA

Esta dissertação de mestrado foi redigida em português do Brasil, língua materna da autora. Como é notório, o português do Brasil e de Portugal apresentam grande semelhança, contudo divergem em alguns vocábulos e semântica, com observação ao Acordo Ortográfico estabelecido entre países de Língua Portuguesa.

As obras citadas em notas de rodapé observaram a formatação: (AUTOR, ano de publicação da obra, página da obra).

Não se fez uso de expressões como “obra citada”, “idem”, “Ibidem” entre outras, com o intuito de facilitar a localização e identificação da obra, com simples consulta às Referências Bibliográficas, localizadas ao final da dissertação.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

Min. – Ministro;

n. – número;

p. – página;

STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil;

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade;

HC – Habeas Corpus;

AG – Agravo de Instrumento;

LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional;

PNE – Plano Nacional de Educação;

RE – Recurso Extraordinário;

ARE - Agravo em Recurso Extraordinário.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	10
2.1 A PESSOA FÍSICA COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	15
2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS QUANTO À EFICÁCIA	17
2.3 BREVES NOTAS SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS	21
2.3.1 Os Direitos Fundamentais Sociais na CRFB/88: Regras ou Princípios?	24
3. O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO	25
3.1 O TRATAMENTO DADO AO DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	27
3.1.1 Constituição de 1824.....	27
3.1.2. Constituição de 1891	29
3.1.3. Constituição de 1934.....	30
3.1.4. Constituição de 1937.....	32
3.1.5. Constituição de 1946.....	34
3.1.6. Constituição de 1967	36
3.1.7. Constituição de 1988.....	38
3.2. O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL.....	41
3.2.1. Alguns percalços	50
4. O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO	55
5. O MÍNIMO EXISTENCIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL.....	65
6. “CALCANHAR DE AQUILES” DA EDUCAÇÃO INFANTIL BRASILEIRA.....	77
6.1. RESERVA DO POSSÍVEL: BARREIRA ENFRENTADA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL.....	77
6.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL E OS PRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E DA DEFESA À SEGURANÇA JURÍDICA.....	83
6.3. DESENVOLVIMENTO INFANTIL EM CRECHES PÚBLICAS.....	91
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	97

1. INTRODUÇÃO

O constitucionalismo no mundo foi um marco fundamental para a organização do Estado (que, até então, tinha, em geral, como característica ser absolutista e não constitucionalista, ou seja, deixando de ser totalmente discricionário e arbitrário para assumir uma atuação um pouco mais limitada), de modo a conduzir à positivação de direitos e a evolução deles conforme as mudanças sociais iam ocorrendo. O desenvolvimento social e jurídico gradual do Estado, como enfatiza Karel Vasak com a classificação dos direitos em gerações/dimensões, ganhará proporções maiores após o término da segunda guerra mundial.

Os direitos sociais, direitos de segunda geração/dimensão, no Brasil repercutiram e ganharam um tratamento especial após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Delineados no art. 6º da Carta Magna brasileira, em um extenso rol de direitos, os direitos sociais têm como objetivo garantir à população uma vida digna e segurança jurídica, devendo o Estado visar a promoção e o desenvolvimento a esses direitos e não a sua estagnação e aniquilação, de modo a alcançar o bem-estar da coletividade.

Centrando na análise do direito à educação, considerado cerne do ordenamento jurídico e ponto de partida para percepção, entendimento e alcance de todos os demais direitos, cumpre destacar seu entrelaçamento com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista ser o direito que possibilita e capacita o indivíduo à mudança de vida, viabilizando oportunidades, com vista à propagação do bem-estar social.

Dessa maneira, esta dissertação buscará analisar a fundamentalidade do direito à educação no Brasil, com foco na etapa da educação infantil, considerando se tal etapa compõe um mínimo existencial e possui uma dimensão subjetiva e refletindo acerca de suas consequências e algumas peculiaridades no cenário brasileiro, tanto em âmbito normativo, quanto doutrinário e jurisprudencial.

O tema em estudo possui grande relevância, devido promover a reflexão sobre os institutos do mínimo existencial e da reserva do possível, da legislação e da realidade fática brasileira na concretização do direito à educação infantil, e, perpassando todos esses assuntos, o posicionamento que o Supremo Tribunal Federal brasileiro se manifestou em análise ao ingresso de crianças em creches e pré-escolas. Ganhará destaque o poder judiciário, tendo em vista o papel por ele desempenhado em busca de efetivação do direito à educação do indivíduo.

Esta dissertação está estruturada em oito capítulos, sendo o primeiro a introdução, o sétimo as considerações finais e o oitavo as referências bibliográficas.

No segundo capítulo, será feita exposição dos Direitos Fundamentais Sociais, enfatizando quem são os titulares desses direitos, a classificação dos direitos sociais quanto à eficácia e uma análise, de modo sucinto, ou seja, sem visar esgotar a matéria e a doutrina, das normas constitucionais de direitos sociais em regras e/ou princípios – destacando-se aqui o pensamento do grande jurista Robert Alexy.

No terceiro capítulo, serão associadas as análise e reflexões do capítulo segundo ao direito social fundamental à educação, observando o tratamento jurídico constitucional brasileiro dado à educação ao longo de todas as constituições que já vigoraram no Brasil e, posteriormente, adentrar a seara da educação infantil, englobando todas as suas especificidades e peculiaridades.

No capítulo quarto, aludir-se-á acerca do direito público subjetivo, com o intuito de observar se a educação infantil possuiria apenas uma dimensão objetiva ou se teria também essa dimensão subjetiva.

No capítulo cinco, será analisada a teoria do mínimo existencial, principalmente à luz das correntes de John Rawls e sua teoria da justiça e Robert Alexy e sua teoria dos direitos fundamentais, averiguando como e se o Brasil enquadra a educação infantil a esse mínimo.

No capítulo sexto, quase finalizando este estudo, o intuito será mostrar algumas “minúcias” brasileiras que envolvem a educação infantil, como a reserva do possível – alegação de escassez de recursos financeiros e materiais para provimento ao acesso às escolas –, o tratamento que é dado pelos poderes públicos, principalmente pelo poder judiciário, aos princípios da proibição do retrocesso e da defesa à segurança jurídica, e a análise feita a partir de um estudo científico regionalizado em que se destinou à constatação do desenvolvimento infantil em creches públicas em município do estado de Minas Gerais - Brasil.

Esta dissertação visa estimular o debate e uma releitura do direito à educação infantil pelo poder público, de modo a encará-la com mais seriedade e de fato promover o desenvolvimento e a igualdade de oportunidades no meio social.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Tomando o movimento constitucionalista como ponto de partida, movimento esse de caráter jurídico, político e social ocorrido mundialmente, cujo objetivo principal era limitar o poder do Estado e, assim, de seu governante, mediante a edição de uma constituição, observa-se que muitas conquistas foram alcançadas pela sociedade ao longo dos anos, direitos foram

adquiridos (individuais, sociais, culturais...) e, inegavelmente, interligados a eles, a justiça ou a busca por ela.

A justiça social, buscada e discutida em várias áreas, como jurídicas, econômicas, sociais, culturais, filosóficas etc., em seu esplendor e íntima ligação à dignidade da pessoa humana, é vislumbrada pelos ordenamentos jurídicos de todo o mundo e por vários teóricos (juristas, filósofos etc.), numa busca por sua concretização, de modo a tornar os direitos mais eficazes.

Tornar os direitos eficazes seria conseguir fazer com que eles desempenhassem seu papel com a finalidade para que foram criados. A eficácia dos direitos fundamentais é a meta que se visa atingir em uma sociedade constitucionalmente constituída, e o termo trazido é ‘meta’ e não ‘realidade para todos’ devido sua íntima ligação com o capital econômico do Estado, que podemos chamar também de fator limitante para a prestação desses direitos, principalmente dos direitos sociais, que possuem uma natureza prestacional.

Interligado e codependente ao fator econômico dos direitos sociais aparece a política. A política está direcionada à promoção e ao planejamento dos direitos sociais, ao modo como serão custeados, aplicados, quem é o alvo dessa política e o que essa política visa atender, por exemplo.

Ainda, acompanhando esses fatores econômicos e políticos, junta-se a esse conjunto os fatores jurídicos, que será o ponto principal a ser analisado neste trabalho.

Nesse sentido, atrelando esse conjunto de fatores para atingir a eficácia dos direitos fundamentais sociais, algumas teorias surgiram, visando uma maior e melhor qualidade de vida, independente da classe social a que as pessoas pertençam, cumprindo com o que o texto constitucional estabelece. Dentre as diversas teorias dos direitos fundamentais que surgiram, se destaca neste estudo a do grande jurista e filósofo Robert Alexy, que será analisada neste trabalho. Cumpre destacar que a missão deste trabalho não é esgotar suas discussões sobre os direitos fundamentais sociais, mas apenas contextualizá-los, de uma maneira geral, descritivamente, e focar no direito fundamental social à Educação, mais especificamente na educação infantil à luz do cenário brasileiro.

De acordo com a classificação tradicional doutrinária de Karel Vasak, existem três *gerações* (termo muito criticado pelo jurista Ingo Wolfgang Sarlet¹, sob a justificativa de que a

¹ Sarlet afirma que “não há como negar que reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração

palavra ‘geração’ passa a ideia de algo que foi superado ou substituído por algo novo; e daí a sugestão de optar pela expressão *dimensões*, pois o que ocorre nos direitos fundamentais, com base na classificação feita por Karel Vasak, não se trata de substituição de um direito por outro, mas sim de referenciá-los (os direitos) conforme o momento histórico em que surgiram – como alude Norberto Bobbio² ao dizer que os direitos não nasceram todos de uma só vez) de direitos fundamentais, sendo os Direitos Sociais considerados direitos de *segunda geração*/dimensão.

Os direitos de segunda geração/dimensão marcam a evolução/mudança da sociedade, que, devido ao aumento da complexidade social, acarretou o surgimento de novos anseios e necessidades, logo, de novos direitos. Os direitos saíram de seu estágio inicial – direitos de primeira geração/dimensão –, em que o Estado era caracterizado como liberal, resguardando liberdades aos indivíduos e tentando tratá-los com igualdade (igualdade formal, ou seja, independentemente de qualquer circunstância, condição, a tentativa é de dar a todos tratamento idêntico), e progrediram, avançaram para o que a doutrina chama de constitucionalismo social³.

O constitucionalismo social foi marcado a nível mundial, principalmente, pelas Constituições Mexicana de 1971 e Alemã de 1919 (também conhecida como Constituição de Weimar). Esse constitucionalismo social se manifestou no Brasil por meio da Constituição de 1934, em que apareceram no texto constitucional, por exemplo, o direito à educação (que foi positivado na Constituição brasileira de 1824⁴, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, porém esse direito era restrito aos cidadãos e, conforme relatos, foi um fracasso na prática, a oferta do ensino pelo Estado foi muito pouca/restrita e precária⁵; não foi previsto na Constituição brasileira de 1891 – que antecedeu a Constituição de 1934) e os direitos dos trabalhadores.

por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”. (SARLET, 2009, p. 45).

² “(...) os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando há o aumento do poder do homem sobre o homem (...) ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências”. (BOBBIO, 1992, p. 06).

³ Regina Maria Macedo Nery Ferrari alude que, nesse cenário de progressão ao Constitucionalismo Social, “surge, então, o Estado como meio apropriado para realizar a proteção dos indivíduos dessas pressões, com certos deveres de prestações positivas, tendo em vista melhorar as condições de vida e neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade e promover a igualdade material”. (FERRARI, 2001, p. 157).

⁴ “Art. 179 A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição, pela maneira seguinte: (...) 32) A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”. (BRASIL, 1824).

⁵ Conforme relatado por CASTANHA, 2019.

Em poucas palavras, Direitos Sociais são compromissos / obrigações / dever de fazer e proteger que o Estado (e aqui há um envolvimento de todos os seus poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não apenas do Executivo) assume em prol da população, visando um mínimo de dignidade da pessoa humana, mínimo esse julgado como necessário para que se possa viver (e não apenas sobreviver, mas sim viver dignamente).

O Estado, nessa segunda geração/dimensão de direitos – direitos sociais –, assume um papel de atuação *positivo*⁶, ou seja, é dele a obrigação de oferta, custeio e promoção desses direitos. Assim, a responsabilidade estatal é muito grande, envolvendo tanto o provimento desses direitos como também o respeito e a proteção a eles e a seu acesso. Afinal, são direitos indispensáveis para que um ser humano tenha uma vida digna, ou seja, para que ele possua um pouco de bem-estar, conforto e tranquilidade sem que seja submetido a situações degradantes (justiça social)⁷.

Além dessa dimensão positiva, existe também uma dimensão negativa do Estado, ou seja, o papel do Estado vai além da oferta, custeio e promoção dos direitos sociais; é sua obrigação e de todos os indivíduos a defesa, proteção e respeito aos direitos sociais, assim como a todos direitos fundamentais. Toda sociedade possui o dever de não agredir/violar os direitos protegidos pelo ordenamento jurídico.

Existem discussões doutrinárias se os direitos sociais são ou não direitos fundamentais⁸. A fundamentalidade referida pela doutrina vai além de negar ou afirmar o grau de importância dos direitos sociais, toma proporções maiores, chegando a questionar se determinados direitos existiriam em cenários constitucionais em que não estão positivados, como na Alemanha, por exemplo, em que o constituinte originário decidiu por não posicionar em

⁶ O que Georg Jellinek denomina como “*status positivo*”, sendo *status* referente a relação que é estabelecida entre Estado e sociedade (indivíduos). De acordo com o autor (JELLINEK *apud* ALEXY, 2015, p. 264), o *status positivo* é “a capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado”. Nas palavras de Alexy: “o cerne do status positivo revela-se como direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais”. (ALEXY, 2015, p. 265).

⁷ Jorge Reis Novais chama de “tripartição dos deveres estatais relativamente aos direitos sociais (dever de respeitar, dever de proteger e dever de realizar)”, que, segundo ele, foi “desenvolvida e consagrada no plano do Direito Internacional dos direitos humanos pelo Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Ao seu ver essa tripartição é a mais adequada quando comparada à tripartição feita pelo Direito Constitucional (“funções de defesa, de proteção e de prestação”), devido “delimitar e identificar, de forma simples e iluminante, o leque dos deveres estatais no domínio dos direitos sociais e a respectiva natureza”, podendo “constituir a base para uma compreensão adequada de uma dogmática geral e unitária dos direitos fundamentais no seu conjunto”. (NOVAIS, 2010, p. 42).

⁸ Há correntes que vão além, alegando a inexistência de direitos sociais, como é o caso da posição adotada por Fernando Atria, demonstrada em seu artigo “Existem Direitos Sociais?”, publicado em 2005.

seu texto constitucional direitos sociais, diferentemente da postura adotada por alguns de seus Estados federados. Semelhante ao que ocorre também nos Estados Unidos.

Esse silêncio/ausência dos direitos sociais na constituinte não significa inexistência ou inefetividade, mas sim uma falta de positivação dessas normas que foram recepcionadas pelo ordenamento jurídico tacitamente.

Diferentemente do cenário alemão e estadunidense, na CRFB, os direitos sociais estão positivados no texto constitucional⁹, em específico no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II - Dos Direitos Sociais” (do artigo 6º ao 11). É possível observar que o constituinte originário consagrou os direitos sociais como fundamentais, ou seja, essenciais, indispensáveis, característica essa (de ser tão garantidora, protetora de direitos) de Estado Social de Direito que, inclusive, levou ao seu apelido de ‘Constituição Cidadã’¹⁰.

Indo ao encontro do que preceitua o jurista Jorge Reis Novais, quando os direitos sociais estão constitucionalmente previstos como direitos fundamentais, a eles (direitos sociais) é atribuído o regime dos direitos fundamentais, ou seja, passam a ser normas vinculantes e a possuírem força superior em relação às demais normas jurídicas¹¹.

Cumprе salientar que, conforme prevê o art. 5º, § 2º, da CRFB¹², os direitos fundamentais não são apenas os que estão positivados no texto constitucional. Conforme o dispositivo mencionado, que reconhece expressamente a existência de princípios oriundos do texto constitucional e de tratados internacionais firmados pelo Brasil, há, no ordenamento

⁹ Cumprе salientar que Jorge Reis Novais (NOVAIS, 2010, p. 45) vislumbra como equivocado o entendimento de que os enunciados normativos de direitos sociais limitam os deveres do Estado e o alcance desses direitos. O autor assume que esses direitos sociais positivados possuem prioridade, porém cabe à hermenêutica – muito desempenhada pela doutrina e jurisprudência – fazer as adequações necessárias para extrair do texto normativo o melhor sentido, abrangência e contexto em que estão inseridos. Afinal, a norma está em constante evolução, e isso acontece mesmo sem que haja a mudança na redação dos enunciados normativos.

¹⁰ Acerca de discussões sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, Jorge Reis Novais afirma que “para este problema nunca encontraríamos uma resposta consensual no plano político, de tão diversas e contrastantes são as opiniões e convicções que a propósito se desenvolvem. Face a esse desacordo essencial, a resposta, e sobretudo, a resposta normativa, só pode ser encontrada no plano constitucional...”. (NOVAIS, 2010, p. 65-66).

¹¹ Jorge Reis Novais: “(...) quando uma Constituição consagra e reconhece inequivocamente os direitos sociais como direitos fundamentais, elencando-os, de resto, de forma muito pormenorizada e desenvolvida, toda a discussão sobre a sua controversa natureza jusfundamental perde grande parte do sentido”. (NOVAIS, 2010, p. 84).

¹² O dispositivo constitucional preceitua que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988).

jurídico constitucional brasileiro, o reconhecimento, por exemplo, do direito à *busca da felicidade*¹³, pelo STF, como um princípio adotado pela CRFB.

O STF vai além, reconhece também artigos do texto constitucional, não contemplados entre o art. 5º e 17 da CRFB (que é onde se localiza todo Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), como direitos fundamentais, como é o entendimento, conforme ADI 3.685, acerca do art. 150, por exemplo, que estabelece limites à tributação do Poder Público, protegendo o contribuinte de arbitrariedades estatais.

Ainda tratando das excepcionalidades que ocorrem no ordenamento jurídico brasileiro acerca dos direitos fundamentais, na CRFB existe o que a doutrina nomeia como *cláusulas pétreas*¹⁴, previstas no art. 60, § 4º, que são matérias que não podem ser extintas/abolidas do texto constitucional, embora possam ser alteradas, desde que tal alteração não fira seu *núcleo essencial*. Ocorre que, ao realizar a leitura do inciso IV do § 4º do art. 60, compreende-se que o constituinte originário estipulou como cláusula pétrea somente “os direitos e garantias individuais”. É entendimento do STF que as cláusulas pétreas vão além do que está positivado, ou seja, que, ao lê-las, deve-se adotar uma interpretação abrangente, de modo, por exemplo, a considerar não somente os direitos e garantias individuais, mas também os direitos sociais como direitos que não podem ser suprimidos da Constituição.

2.1 A PESSOA FÍSICA COMO TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

No Brasil, a CRFB preceitua, expressamente, que são titulares de direitos fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no país¹⁵. O texto normativo é categórico e restritivo ao estipular que somente brasileiros, e nesse ponto envolvem os natos e

¹³ O STF reconheceu o direito à *busca da felicidade* como um princípio constitucional implícito em algumas decisões. Dentre elas, destaca-se o reconhecimento do princípio na decisão dada pela Corte à ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132. Esse princípio foi um dos embasamentos para reconhecer como entidade familiar pessoas do mesmo sexo, promovendo, assim, uma mutação constitucional no § 3º do art. 126 da CRFB, que previa como entidade familiar homem e mulher.

¹⁴ Dispõe o texto constitucional brasileiro no art. 60, § 4º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - **os direitos e garantias individuais**.” (Grifei) (BRASIL, 1988).

¹⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se **aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País** a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”. (Grifei) (BRASIL, 1988).

naturalizados – os naturalizados com algumas restrições previstas na CRFB, como, por exemplo, com relação a ocupação de alguns cargos políticos –, e estrangeiros residentes no Brasil são titulares de direitos fundamentais.

Apesar de esse ser o disposto normativo, a doutrina e o STF visualizam tal previsão como um erro. Assim, o entendimento, com respaldo no *princípio da universalidade*¹⁶, é de que todos que se encontrem em território brasileiro, simplesmente por serem pessoas, possuem/são titulares de direitos fundamentais, independentemente de nacionalidade, de ser turista ou residente, de religião etc. Deverá o Estado brasileiro acolher a todos.

É claro que todos não são titulares de todos os direitos fundamentais, há algumas exceções que o próprio texto constitucional estipula, como, por exemplo, parâmetros para o exercício dos direitos políticos. Afinal, há direitos restritos à determinadas categorias. Assim, os direitos fundamentais no Brasil são universais, sendo aplicados à todas as pessoas que se encontram na qualidade/circunstância que a norma alude. Por exemplo, para exercício do direito à greve presume-se a qualidade de trabalhador, da mesma forma os direitos reservados aos idosos e às crianças, presume-se que quem pleiteie-os seja detentor dessas características / circunstâncias / restrições / exclusividades mínimas apontadas pela norma.

E quando o assunto é direitos sociais: todos em território brasileiro são titulares de direitos sociais? Sabe-se que direitos são custosos, geram despesas para o Estado e são custeados por meio do recebimento de tributação paga pelos que aqui residem, ou até mesmo por turista, que ao comprar qualquer produto no Brasil está pagando impostos embutidos no valor final da mercadoria. O que se pode afirmar sobre o questionamento é que a jurisprudência brasileira ainda não se debruçou sobre o tema, mas, com base em alguns julgados, é possível visualizar uma tendência a utilizar o princípio da universalidade, inclusive dando o mesmo tratamento a estrangeiros em situação de irregularidade no país, conforme julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG 2005040132106/PR, acerca da utilização, por estrangeiro, do Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro. Sobre o direito à educação, por exemplo, observa-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, atentando-se ao princípio da razoabilidade e universalidade, garante, inclusive a estrangeiros irregulares no Brasil, o direito ao ensino, como é possível perceber no Reexame Necessário nº 0000168-67.2012.8.12.0035, realizado pela 4ª Câmara Cível do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul,

¹⁶ Conforme aludiu o Ministro do STF, Marco Aurélio Mendes de Farias de Mello, em seu voto ao HC 74.051.

em que concedeu o pleito à matrícula de estrangeiro no 8º ano do Ensino Fundamental em uma Escola Estadual.

Cumpre salientar que há autores, como José Carlos Vieira de Andrade¹⁷, que defende que os direitos sociais não são direitos de todos, mas somente de quem realmente necessita, ou seja, daqueles que passam por situação de pobreza extrema, que não possuem um mínimo de dignidade da pessoa humana, um mínimo existencial. Para o autor, a prestação desses direitos será no grau de sua necessidade, não possuindo, assim, todas as pessoas, da mesma forma, direitos sociais. No Brasil, o que prevalece é que todos têm direitos sociais, independente da classe social, possuindo ou não condições de estudar em uma escola particular, por exemplo, terá a pessoa direito à matrícula em escolas públicas, se assim optar.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS QUANTO À EFICÁCIA

À luz da CRFB/88, pode-se afirmar que seu texto normativo constitucional prevê extenso rol de direitos sociais. Discussões sobre a efetividade desses direitos e os meios para provê-los à população são comuns, tanto em palestras, debates, mesas redondas em universidades, quanto nas próprias doutrinas e jurisprudências brasileiras.

Sobre o assunto, não somente acerca dos direitos sociais, mas sim englobando a CRFB como um todo, o jurista José Afonso da Silva, em sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (2015), classifica as normas constitucionais em três modalidades: de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada.

Para que se possa contextualizar a teoria de José Afonso da Silva e, ao final, conseguir-se classificar os direitos fundamentais sociais, faz-se necessário compreendê-la.

Em poucas palavras, para ele, norma constitucional de eficácia plena é aquela que possui autoaplicabilidade, ou seja, é aquela que tem a capacidade de produzir todos seus efeitos sem que se faça necessária a existência de qualquer outra regulamentação. Para o autor, a norma de eficácia plena possui *aplicabilidade imediata*¹⁸, que significa dizer que ela é completa por si só, no sentido de que possui todos os atributos necessários para sua aplicabilidade, não dependendo de complemento para sua execução; são autoexecutáveis, pressupondo, é claro, de um “normal” funcionamento do Estado e de toda Administração Pública.

¹⁷ ANDRADE, 2004.

¹⁸ SILVA, 2015, p. 100.

A classificação e conceituação dada por José Afonso da Silva à norma de eficácia contida é bastante criticada pela doutrina, inclusive pelo jurista Virgílio Afonso da Silva¹⁹, seu filho, pelos motivos que se seguem. José Afonso da Silva conceitua norma de eficácia contida como uma norma de “eficácia plena”, pois consegue produzir todos seus efeitos, é completa, porém pode/deve sofrer restrição, ou seja, pode ser limitada sua abrangência/eficácia em detrimento de uma lei infraconstitucional. São assim classificadas, pelo autor, as normas constitucionais que preveem, expressamente, essa futura limitação²⁰.

Dessa maneira, a norma constitucional de eficácia contida, enquanto não surgir normativa que restrinja seu conteúdo, será uma norma de eficácia plena. Sua aplicabilidade, assim como a norma de eficácia plena, é *imediata*²¹, não se condicionando ao surgimento/criação de uma lei. Porém, quando a lei infraconstitucional restritiva nascer, ficará ela subordinada a obedecer aos limites ali estipulados, por isso do nome: eficácia contida.

Sobre a norma de eficácia contida, a crítica se centra no ponto em que toda norma constitucional pode ser reduzida, restringida, limitada. Até mesmo uma norma de eficácia plena, como o Direito à Vida, previsto no *caput* do art. 5º da CRFB, sofre limitações por leis infraconstitucionais, como, por exemplo, pelo Código Penal²², ao prever circunstâncias em que o aborto é permitido. A CRFB pode ter suas normas limitadas por leis infraconstitucionais, desde que obedeça aos requisitos necessários, de tal forma que não fira o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais (que, conforme a teoria relativa – que se opõe à teoria absoluta –, esse núcleo pode ser encontrado, somente, a partir da apreciação do caso concreto) da norma que esteja em discussão. De acordo com Flávio Martins (2018), a lei infraconstitucional restritiva de norma constitucional deverá: não ferir o *núcleo essencial dos direitos fundamentais*; ser *razoável*; ser *proporcional*²³.

Por último, a norma constitucional de eficácia limitada é aquela que, como o próprio nome sugere, gera pouquíssimos efeitos, somente aqueles efeitos mínimos que toda norma

¹⁹ SILVA, 2009, p. 222-223.

²⁰ Como, por exemplo, o art. 5º, inciso II, da CRFB: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa **senão em virtude de lei**”. (Grifei) (BRASIL, 1988). Observe que o poder constituinte originário remeteu ao legislador ordinário, expressamente, a função de limitar/restringir as condutas/ações/inações de pessoas em território brasileiro.

²¹ SILVA, 2015, p. 102.

²² BRASIL, 1940.

²³ NUNES JÚNIOR, 2018, p. 383.

constitucional é capaz de produzir²⁴. José Afonso da Silva subdivide essa classificação em duas categorias: norma programática e norma de princípio institutivo.

Normas programáticas são aquelas normas constitucionais em que o legislador constituinte se restringiu em apenas apontar determinados direitos (princípios), sem especificá-los/regulamentá-los (grande grau de abstração), devido necessitarem de políticas públicas – que precisam, constantemente, de reformulação, visando uma maior abrangência – pelos órgãos competentes do Estado²⁵.

Já as normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo são aquelas “dependentes de legislação”²⁶, ou seja, que necessitarão de uma normativa infraconstitucional explicando, complementando, estabelecendo requisitos etc²⁷. Como exemplo, pode-se citar o art. 37, VII: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”²⁸. Observe que se faz necessário o surgimento da “lei específica” para que a norma consiga produzir todos os seus efeitos, pois não há parâmetro nenhum estabelecendo como o direito de greve deverá ser exercido.

Em suma, à luz da teoria do jurista José Afonso da Silva, os Direitos Sociais podem ser classificados, de modo geral, como normas constitucionais de eficácia limitada. Em específico, o direito social à educação, foco deste estudo, seria enquadrado como norma constitucional de eficácia limitada programática, pois depende de reiteradas políticas públicas para produzir efeitos e atingir um maior número de pessoas.

O grande jurista e professor Flávio Martins Alves Nunes Júnior discorda totalmente dessa classificação de que os direitos sociais são normas de eficácia jurídica limitada de caráter programático. Em sua obra, Curso de Direito Constitucional, Nunes Júnior defende que as

²⁴ Flávio Martins pontua como efeitos mínimos: “a) não recepcionar a legislação anterior incompatível; b) condicionar a legislação futura; c) servir de parâmetro no controle de constitucionalidade”. (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 386).

²⁵ Nas palavras de José Afonso da Silva, normas programáticas são “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”. (SILVA, 2015, p. 135).

²⁶ SILVA, 2015, p. 119.

²⁷ “O legislador constituinte reconhece a conveniência de disciplinar certa matéria relativamente à organização de instituições constitucionais, mas, ao mesmo tempo, por razões várias, e até de pressão, limita-se a traçar esquemas gerais (princípios, como começo) sobre o assunto, incumbindo ao legislador ordinário a complementação do que foi iniciado, segundo a forma, os critérios, os requisitos, as condições e as circunstâncias previstos na norma mesma”. (SILVA, 2015, p. 123).

²⁸ BRASIL, 1988.

normas definidoras de direitos sociais possuem capacidade de produzir efeitos jurídicos subjetivos, por mais abstratas que sejam, o fato de ser uma norma constitucional lhe confere poderes (de produzir efeitos subjetivos)²⁹. Ana Carolina Lopes Olsen assevera que o entendimento de que os direitos sociais são normas programáticas significa dizer que há uma impossibilidade normativa constitucional de se poder exigir algo do Estado, até mesmo de responsabilizá-lo diante de sua inefetividade, transformando, assim, os direitos sociais em meras metas que vão sendo procrastinadas conforme a conveniência estatal, marginalizando e penalizando quem mais delas precisa, a população³⁰.

Para concretizar esses efeitos subjetivos que a norma de direitos sociais produz, ganham destaque dois pontos que vêm sendo, cada vez mais, discutidos no universo jurídico (doutrina e jurisprudência): mínimo existencial e, em contraponto, reserva do possível, que serão trabalhados mais à frente neste estudo.

Cumpre salientar que as normas de direitos sociais não só possuem uma perspectiva subjetiva, como defende Nunes Júnior e Olsen, como também possuem uma perspectiva objetiva. Sob o ponto de vista dessa perspectiva objetiva, os direitos sociais são ordens eternas/constantes que devem ser cumpridas/realizadas pelo Estado sempre (em caráter permanente, constante), vinculando todos os seus poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário³¹.

Discutir a eficácia dos direitos fundamentais sociais possibilita o vislumbre de vários caminhos devido as características peculiares que essas normas apresentam, como pontua Jorge Reis Novais: estão positivadas e possuem a estrutura de direitos positivos; estão

²⁹ NUNES JÚNIOR, 2018, p. 1103.

³⁰ Olsen dispõe em sua obra: “concebê-las como normas programáticas, incapazes de outorgar aos seus titulares o direito de exigir prestações estatais, bem como incapazes de gerar a responsabilidade do Estado diante do não cumprimento de seu conteúdo significa retirar a força normativa da Constituição, rebaixa-la a mera carta de boas intenções, incapaz de transformar a sociedade”. (OLSEN, 2008, p. 104).

³¹ “[...] esses princípios, esses objetivos, esses direitos fundamentais, vinculam os órgãos estatais como um todo. Vinculam, evidentemente, o Poder Executivo, que haverá de respeitar os direitos de defesa, e ao mesmo tempo propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. Vinculam o Legislador, que haverá de legislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais, normativamente, assim como, eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes. E, por fim, vincula também o Poder Judiciário que, ao decidir, há, certamente de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais”. (CLÈVE, 2006, p. 160).

limitadas pela reserva do possível; e são abstratas, seu conteúdo é amplo e possui um grande grau de indeterminabilidade³².

2.3 BREVES NOTAS SOBRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Regras e princípios são duas espécies de normas³³ que compõem um *sistema normativo aberto*³⁴, à luz da doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho.

Quando se fala que uma Constituição é um sistema aberto, está-se a reafirmar a existência do movimento neconstitucionalista (ou constitucionalismo moderno)³⁵ nos dias atuais. Significa dizer que, com o aumento da complexidade social, se faz necessário a elaboração de normas abertas, ou seja, de modo abrangente e a englobar todas as possíveis situações que possam aparecer no dia-a-dia. Tendo em vista que o direito visa a atender aos anseios sociais, conforme a sociedade evolui, deverá o direito também evoluir e, para isso, para que a cada “problema” ou diversidade que surja não seja necessário o nascimento de uma nova previsão legal (inflando o ordenamento jurídico), faz-se lógico que a norma seja aberta/ampla. Essa flexibilidade da norma jurídica diante de um sistema aberto, muitas vezes demonstrada em forma de princípios (implícitos ou expressos), permite interpretações amplas, de maneira a atingir as diversas situações e casos concretos que possam aparecer.

³² De acordo com Jorge Reis Novais são características das normas de direitos sociais: “a) o facto de os direitos sociais valerem sob reserva do (financeiramente) possível; b) o facto de os direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos; e c) a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais”. (NOVAIS, 2010, p. 87).

³³ Canotilho defende o seguinte em sua obra: “A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (*norm-prizip, principles-rules, norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: 1) as regras e princípios são duas espécies de normas; 2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”. (CANOTILHO, 2012, p. 1144).

³⁴ Esse *sistema normativo aberto*, composto por regras e princípios, é o que o autor conceitua como Constituição, justificando da seguinte maneira: “1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; 2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; 3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; 4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob sua forma de regras”. (CANOTILHO, 2012, p. 1143).

³⁵ De acordo com Flávio Martins Alves Nunes Júnior: “O Neoconstitucionalismo é um movimento social, político e jurídico surgido após a Segunda Guerra Mundial, tendo origem nas constituições italiana (1947) e alemã (1949), fruto do pós-positivismo, tendo como marco teórico o princípio da ‘força normativa da Constituição’ e como principal objetivo garantir a eficácia das normas constitucionais, principalmente dos direitos fundamentais”. (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 78).

Antes da atual classificação da norma constitucional, em regras e princípios, a que se tinha não abrangia os princípios; os princípios constitucionais não eram tidos como norma constitucional, eram considerados apenas como metas a serem atingidas, ou melhor, como *meios de integração do Direito*³⁶. Assim, antigamente, os princípios eram vistos como um mero subsídio do ordenamento jurídico, ou seja, como uma fonte secundária que só em último caso seria aplicada, no sentido de impossibilitar uma classificação desse como norma; em resumo, os princípios eram orientações ao ordenamento jurídico em si, meros parâmetros que deveriam ser utilizados somente quando lacunas normativas aparecessem e não houvesse outra forma de resolver senão pela interpretação daquele determinado princípio (visão comum/majoritária na era do positivismo jurídico)³⁷. Nos dias de hoje, os princípios são classificados como normas constitucionais, afinal transcenderam o ordenamento jurídico e ganharam uma maior visibilidade e importância nessa era pós-positivista, tendo uma maior e real aplicabilidade no meio social, nos campos moral, político, jurídico, econômico etc.

Sobre a classificação das normas constitucionais em regras e princípios, destacam-se dois grandes estudiosos: Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Segundo Ronald Dworkin, a diferença principal entre regras e princípios está na natureza de cada um. As regras, conforme esse autor, são aplicadas na forma do que ele chamou de *tudo ou nada*, ou seja, um determinado caso/fato é previsto por uma regra e essa regra poderá ser válida (quando compatível com os parâmetros estabelecidos no ordenamento jurídico, podendo comportar exceções), devendo-se cumprir com toda determinação por ela estipulada, ou inválida³⁸; assim, se há duas regras em conflito, uma delas será inválida³⁹. Já os princípios, Dworkin defende que possuem uma dimensão que vai além das regras, a dimensão do peso⁴⁰, onde se avalia a importância de um princípio em relação ao outro diante do caso concreto em

³⁶ SARMENTO e SOUZA NETO afirmam que: “Naquele período, os princípios eram considerados como imanentes ao ordenamento, e não transcendentais a ele, e a sua construção dava-se por meio de um processo de abstração que extraía do próprio sistema jurídico as suas principais orientações”. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 379).

³⁷ A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, hoje interpretada diferentemente da época em que foi decretada (1942), na era do positivismo jurídico, reafirma os princípios como uma fonte secundária do Direito: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (BRASIL, 1942).

³⁸ DWORKIN, 2002, p. 39.

³⁹ Dworkin estabelece que: “Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero”. (DWORKIN, 2002, p. 43).

⁴⁰ DWORKIN, 2002, p. 42.

análise; assim, diferentemente da regra que quando é julgada como inválida no ordenamento jurídico é excluída dele ou afastada sua aplicabilidade, o princípio, quando aplicado um em detrimento de outro, não comportará exclusão ou afastabilidade/distanciamento do ordenamento jurídico, apenas significará que, diante da análise de determinado caso concreto, determinado princípio foi julgado/avaliado como mais importante, com maior peso, do que o outro.

Dworkin assevera que nem sempre será simples distinguir determinada norma como regra ou princípio. O que se pode afirmar é que quanto mais arraigado o positivismo jurídico, menor será a compreensão/adoção do uso dos princípios, os quais, diferentemente das regras, permitem ao judiciário o exercício do poder discricionário. Quanto maior for adoção a um sistema de princípios, pode-se raciocinar que as chances de uma maior compreensão e adequação à complexidade social na resolução de casos serão possíveis⁴¹.

O pensamento de Robert Alexy é parecido com o pensamento de Ronald Dworkin, ambos entendem que a diferenciação entre regras e princípios não se centra em uma *diferença qualitativa*⁴²; grosso modo pode-se dizer que Alexy aperfeiçoa a teoria de Dworkin.

De acordo com Robert Alexy, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são ordens que devem ser cumpridas nas mais amplas medidas fáticas e jurídicas possíveis; assim, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, os princípios serão satisfeitos no maior grau possível (Alexy amplia o conceito de princípio formulado por Dworkin⁴³, ao dizer que podem se referir tanto a direitos individuais quanto coletivos, ou seja, não se restringem a ser normas definidoras apenas de direitos individuais, vão além, abrangendo também os interesses coletivos)⁴⁴. Já as regras, são identificadas pelo autor também como normas julgadas

⁴¹ Dworkin critica o positivismo jurídico alegando que: “sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desses modelos de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas”. (DWORKIN, 2002, p. 39).

⁴² ALEXY, 2015, p. 90.

⁴³ “O conceito de princípio em Dworkin é definido de forma mais restrita que essa. Segundo ele, princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais. Normas que se refiram a interesses coletivos são por ele denominadas como ‘políticas’. A diferenciação entre direitos individuais e interesses coletivos é, sem dúvida, importante. Mas não é nem exigível nem conveniente vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual”. (ALEXY, 2015, p. 116).

⁴⁴ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. (ALEXY, 2015, p. 90).

como satisfeitas ou não satisfeitas (Alexy reformula a teoria de Dworkin sobre as regras – “tudo ou nada” –, defendendo que as regras contemplam exceções (aumento das complexidades sociais conduzem a uma nova solução ao caso concreto que venha a aparecer), exceções essas que nem sempre estarão contempladas por um rol taxativo); sendo válida, deverá cumprir exatamente nos termos o que está estipulado; assim, as regras deverão englobar somente algo que seja fatidicamente e juridicamente possível⁴⁵.

De maneira simplória, resumidamente, pode-se dizer que princípios são normas com uma grande amplitude, elasticidade, que permitem as mais diversas interpretações e entendimentos devido ao seu alto grau de indeterminação ou falta de limites expressamente estipulados, devendo ser cumpridos na maior medida do possível; já as regras são normas delimitadas, ou seja, são diretas, possuem estipulações claras, seu conteúdo é preciso/delimitado/específico, e devem ser cumpridas em sua integralidade⁴⁶.

2.3.1 Os Direitos Fundamentais Sociais na CRFB/88: Regras ou Princípios?

Definir se os direitos fundamentais sociais elencados na CRFB/88 são regras ou princípios se trata de um fator determinante para saber como será realizada a aplicação dessas normas e em que se balizará a interpretação (se for cabível) para análise do caso concreto ou, até mesmo, para a promoção de uma política pública.

Ora, quando se tem sob análise o art. 6º da CRFB/88, nota-se que se trata de um rol definidor de direitos sociais, apenas mencionando quais são eles, com um grande grau de abstração, ou seja, a partir da leitura é possível compreender que qualquer cidadão possui aqueles direitos, porém, não permite visualizar como serão exercidos, quando, onde etc. Esses fatores, que geram um grau de abstração, permitem afirmar que essa norma se trata de princípio; elencam vários princípios definidores de direitos sociais, que deverão ser cumpridos na maior amplitude possível, relativizados pelas possibilidades fáticas e jurídicas.

Porém, tal conclusão acerca do art. 6º da CRFB/88 não permite generalizar afirmando que todas as normas que tratem de direitos sociais são princípios. Muito pelo

⁴⁵ “Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. (ALEXY, 2015, p. 91).

⁴⁶ “[...] enquanto as regras são normas de conteúdo mais determinado, delimitado, claro, preciso; os princípios são normas de conteúdo mais amplo, vago, indeterminado, impreciso”. (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 363).

contrário, dependerá de sua estrutura e previsão legal. Como, por exemplo, há o direito à educação previsto no art. 6º como princípio (sob a justificativa já apresentada) e também há menção ao mesmo direito no art. 212⁴⁷ como uma regra; no art. 212 é feita uma abordagem/tratamento totalmente diferente ao direito à educação, de maneira categórica, em que o descumprimento do disposto pode acarretar sanção, mais especificamente intervenção, conforme preveem os arts. 34, 35 e 36 da CRFB/88.

Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen defende que a forma como são tratados os direitos sociais no corpo do texto normativo constitucional brasileiro reflete um *modelo normativo híbrido de regras e princípios*⁴⁸, ora são princípios (mandamentos de otimização), ora são regras que devem ser cumpridas conforme o disposto no texto.

3. O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

De acordo com o dicionário, a palavra ‘educação’ é o ato de desenvolver e aperfeiçoar as capacidades humanas, físicas e mentais/intelectuais, e está diretamente ligada e vinculada à faculdade do ser⁴⁹. Educar vai muito além de transmitir o conhecimento (ensinar⁵⁰), está centrada em formular um conhecimento, em desenvolver no outro o potencial, por meio da instrução/motivação/instigação, para se descobrir caminhos e atingir respostas, ou, pelo menos, promover um pensamento e visão críticos e, automaticamente, contribuir para com o desenvolvimento da personalidade do educando.

Sobre a temática, para o grande pensador da área da Educação, Émile Durkheim, não inexistiu uma educação ideal para todas as pessoas, a educação variará de acordo com o tempo e o meio de cada um⁵¹. As variantes relacionadas a cada um, como idade, crença, valores, tradições, profissão, classe social, local onde mora e frequenta, geram distinções nos indivíduos

⁴⁷ “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. [...]”. (BRASIL, 1988).

⁴⁸ “Parece mais adequado considerar os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional como pertencentes a um modelo normativo híbrido de regras e princípios”. (OLSEN, 2008, p. 72).

⁴⁹ “Educação. Dar educação a. Criar e adestrar (animais). Cultivar (plantas). Adquirir os dotes físicos, morais e intelectuais que dá a educação”. (AURÉLIO, 2018)

⁵⁰ “Não se pode educar sem, ao mesmo tempo, ensinar; uma educação sem aprendizagem é vazia”. (SAVATER, 1997, p. 58).

⁵¹ “[...] não há educação ideal, perfeita, apropriada a todos os homens indistintamente, mas que é variável de acordo com o tempo e o meio”. (DURKHEIM, 1978, p. 97).

e é esse conjunto de fatores que formam o que Durkheim chamou de *ser social*⁵², sendo a educação o meio para prepará-los (os indivíduos – seres sociais) para a vida em sociedade. O pensamento de Durkheim é encarado, pela doutrina moderna, como conservador, devido passar a ideia de que a educação não seria para gerar reformas/mudanças/criação de um pensamento crítico, mas sim adaptar o ser social à vida em sociedade⁵³. Afinal, hoje, ainda mais evidente do que em outras épocas, com o acesso a tantos recursos midiáticos, *internet*, informações em tempo real, é praticamente impossível acreditar e defender/sustentar que um aluno seja “uma folha de papel em branco” e o professor o “detentor de todo conhecimento”.

A escola, nos dias de hoje, centro do processo de formação e desenvolvimento intelectual das pessoas, desempenha papel fundamental não só na função de educar, de passar e desenvolver conhecimento, mas também na função de mediar a relação entre o educando, o saber e a sociedade, envolvendo aspectos sociais, culturais e econômicos, propiciando, assim, a integração entre a pessoa e o meio em que ela vive, frequenta e se insere.

Educação e desenvolvimento caminham juntos. A economia mostra um caminhar rumo, cada vez mais, a busca por profissionais qualificados; cada vez mais a sociedade e, com ela, o mercado estão mais exigentes, cobrando profissionais com elevados níveis de saber e experiência, pontos esses que se refletirão em reivindicações sociais para que o Estado, no que lhe compete, promova uma educação de qualidade.

Direcionando o olhar para a educação sob o ponto de vista jurídico, o direito à educação, intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana – um dos fundamentos do Estado brasileiro⁵⁴ –, tem um papel fundamental (assim como os demais direitos sociais), quando promovido eficazmente pelo Estado (Estado ideal), em atingir os objetivos traçados pelo e para o Brasil, previstos no art. 3º da CRFB/88, que são: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁵⁵.

⁵² DURKHEIM, 1978, p. 42.

⁵³ MEKSENAS (1995, p. 47) defende como conservador o pensamento de Durkheim, pois, segundo ele, “[...] a tarefa da educação não é a transformação capitalista, mas sua reprodução através da adaptação dos indivíduos à vida social”.

⁵⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”. (BRASIL, 1988).

⁵⁵ BRASIL, 1988.

O direito à educação é considerado por Motauri Ciocchetti de Souza⁵⁶ o cerne do ordenamento jurídico e ponto de partida do indivíduo para todos os outros direitos, ou seja, é o direito social mais importante de todos, devido, sem o exercício a esse direito, ser inviável o conhecimento e exercício dos demais direitos fundamentais, até mesmo o da dignidade da pessoa humana.

Para uma maior e melhor compreensão do tratamento dado ao direito à educação no atual ordenamento jurídico brasileiro, faz-se necessária a visualização de como esse direito foi tratado nas Constituições que o Brasil já teve, em específico, o direito à educação básica e à educação infantil (cumpre pontuar que, na análise a seguir, não será enfatizado o ensino médio e superior e não será mencionado acerca do ensino religioso, devido essas matérias não serem o enfoque deste trabalho).

3.1 O TRATAMENTO DADO AO DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

3.1.1 Constituição de 1824

A primeira Constituição brasileira (1824), marco do Constitucionalismo no Brasil, época em que o país se tornou Império, pós-independência, previu, expressamente, o direito à Educação, envolvendo somente instrução primária⁵⁷, devendo ser ofertada gratuitamente aos cidadãos⁵⁸. O texto constitucional não dispôs maiores detalhes de como a oferta a esse direito aconteceria, gerando grande pressão popular sobre a coroa, afinal, cobravam o que havia sido outorgado: ensino primário gratuito.

⁵⁶ Para ele, “educação é premissa – e não proposta”. (SOUZA, 2010, p. 11).

⁵⁷ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos. XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes [...]”. (BRASIL, 1824).

⁵⁸ Na época do Império, eram cidadãos brasileiros aqueles enquadrados na constituição: “Art. 6. São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os illegitimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia. V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização”. (BRASIL, 1824).

Diante desse cenário, foi elaborada a *Lei de 15 de outubro de 1827*, que ordenava a criação de “escolas de primeiras letras em todas as cidades, villas e logares mais populosos do Imperio”⁵⁹. O art. 6º dessa lei permite a reflexão do que seria essa instrução primária prevista no texto normativo constitucional, conduzindo ao entendimento de correspondência aproximada, grosso modo, ao que hoje nomeia-se Ensino Fundamental⁶⁰.

Nesse período imperialista brasileiro, o Estado era Unitário, centralizado (tal centralização era, inclusive, reafirmada pela repartição de poderes em Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador – esse último se concentrava nas mãos do Imperador e se tratava de uma forma de controle sobre os demais poderes), e sua divisão era em Províncias (bem diferente do federalismo de cooperação que há hoje), que não possuíam muita (pouquíssima ou quase nada) autonomia. Circunstância essa que muda um pouco após o Ato Adicional de 1834 (Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834), resultado da pressão social e política que o Império vinha sofrendo, que permitiu que as Províncias legislassem sobre instrução pública e a promovessem⁶¹.

Na prática, em resumo, a oferta à educação foi um fracasso. Os baixos recursos impossibilitaram uma boa estruturação das pouquíssimas escolas provinciais que conseguiram construir e o ensino contava com educadores “voluntariados” – trocadilho feito com a palavra “assalariados”, devido a baixa remuneração desses profissionais competentes e capacitados para o exercício da profissão⁶².

Pode-se notar que a dualidade de poderes, central e provincial, não acarretou o desenvolvimento da educação no país satisfatoriamente. Talvez pela falta de positivação das competências para a oferta do ensino (falta de parâmetros), talvez pela falta de

⁵⁹ BRASIL, 1827.

⁶⁰ “Art 6º Os Professores ensinarão a ler, escrever as quatro operações de arithmetica, pratica de quebrados, decimaes e proporções, as nações mais geraes de geometria pratica, a grammatica da lingua nacional, e os principios de moral chritã e da doutrina da religião catholica e apostolica romana, proporcionandos á comprehensão dos meninos; preferindo para as leituras a Cosntituição do Imperio e a Historia do Brazil”. (BRASIL, 1827).

⁶¹ “Art. 10. [...] § 2º Sobre instrucção publica e estabelecimentos proprios a promovel-a, não comprehendendo as faculdades de Medicina, os Cursos Juridicos, Academias actualmente existentes e outros quaesquer estabelecimentos de instrucção que para o futuro forem creados por lei geral. [...]”. (BRASIL, 1834).

⁶² “O que ocorreu a contar de então foi a tentativa de reunir antigas aulas régias em liceus, sem muita organização. Nas capitais, foram criados os liceus provinciais. A falta de recursos, no entanto, que um sistema falho de tributação e arrecadação da renda acarretava, impossibilitou as Províncias de criarem uma rede organizada de escolas. O resultado foi que o ensino, sobretudo o secundário, acabou ficando nas mãos da iniciativa privada e o ensino primário foi relegado ao abandono, com pouquíssimas escolas, sobrevivendo à custa do sacrifício de alguns mestres-escola, que, destituídos de habilitação para o exercício de qualquer profissão rendosa, se viam na contingência de ensinar”. (ROMANELLI, 2006, p. 40).

interesse/comprometimento do Império em instruir seu povo⁶³. Essas são algumas hipóteses que surgem ao estudar a história do direito à educação no Brasil nessa época.

3.1.2. Constituição de 1891

A Constituição de 1891, segunda Constituição brasileira, foi resultado do enfraquecimento do Império, devido à perda de apoio das elites (destacando-se: os militares – não se sentiam reconhecidos pelo governo; a igreja – começou a entrar em conflito com o Imperador Dom Pedro II, que não estava acatando mais a todas as suas vontades; os grandes proprietários de terras – que se sentiam prejudicados com a abolição da escravidão em 1888); enfraquecimento esse que conduziu à Proclamação da República (1889) promovida pelos militares e ao nascimento de uma nova Constituição em 1891, mudando a forma de Estado (deixando de ser provincial para ser federação) e a forma de Governo (transformando-se em uma República, um governo do povo e para o povo) que havia no período imperial.

Assim, com a mudança de governo e de organização do Estado, a descentralização se refletiu também no ensino (mantendo esse sistema dual – União e Estados-membros – implantado desde meados do período imperial). Acredita-se que o texto constitucional não previu, como na Constituição de 1824, a gratuidade do ensino por causa do federalismo, ou seja, pelo compartilhamento de competências entre União e Estados-membros e entendimento de que competia aos Estados-membros custear e fornecer educação. Essa descentralização acabou provocando uma desorganização do sistema de ensino, tendo em vista que a União não interferia na competência dos Estados e vice-versa, a União em respeito à autonomia dos Estados e os Estados em respeito à soberania da União, gerando disparidade no sistema educacional.

Sobre o direito à educação, conta-se que a Constituição de 1891⁶⁴ incumbiu, legislativamente, à União o ensino superior, previsão que se encontrava expressa no art. 34, item 30, e aos Estados-membros os ensinos primário e secundário, que não estava expresso em seu texto diretamente, mas que era possível constatar pela redação dos artigos que disciplinavam sobre a matéria – constava que era competência, não privativa, do Congresso

⁶³ Acerca dos investimentos em Educação, Janaína Menezes aponta que: “Enquanto as províncias, em 1874, aplicavam em instrução pública quase 20% de suas parcas receitas, o governo central não gastava, com educação, mais de 1% da renda total do Império. No que dizia respeito à instrução primária e secundária, o governo não dava um centil às províncias para ajudá-las a cumprir a obrigação constitucional de oferecer educação básica gratuita a toda a população”. (MENEZES, 2019, p. 13).

⁶⁴ BRASIL, 1891.

Nacional a criação de “instituições de ensino superior e secundário nos Estados”, conforme art. 35, item 3, e provimento da “instrução secundária no Distrito Federal”, item 4 do mesmo artigo⁶⁵.

De acordo com Romanelli (2006, p. 41-42), a educação no país refletia como se organizava, econômica e socialmente, a sociedade brasileira, onde escolas de ensino secundário e de ensino superior eram frequentadas pela “classe dominante” e as escolas de ensino primário e profissionalizante eram frequentadas pelo “povo”.

Foi um período de alta taxa de analfabetismo, devido a população da zona rural – que movimentava a economia do país (base agrícola) – possuir grande desinteresse (pois não conseguiam visualizar como a educação poderia contribuir com as técnicas “arcaicas” de cultivo) e quem tinha interesse eram aqueles que queriam ascender socialmente (classe média) e aqueles que queriam emprego, condições para trabalhar, nas poucas fábricas que existiam (operários urbanos)⁶⁶.

Mudanças na demanda por escolas e ensino vão começar a ocorrer após a Primeira Guerra Mundial, devido ao crescimento dos centros urbanos, marcados pela industrialização.

3.1.3. Constituição de 1934

Consequência de um desentendimento político ocorrido em 1930 (rompimento da política denominada “café com leite”, em que havia um acordo de revezamento da Presidência da República, ora em um mandato seria Presidente um representante do Estado-membro de Minas Gerais, ora, o próximo mandato, seria Presidente um representante do Estado-membro de São Paulo; revezamento esse possível graças às fraudes eleitorais), nasce a Constituição de 1934, inspirada nas Constituições alemã de 1919 (Constituição de Weimar) e mexicana de 1917.

À Educação foi dado um tratamento melhor e maior no texto da Magna Carta Constituinte, demonstrando grande avanço quando em comparação à organização do sistema de ensino que havia anteriormente, aparentando prestar um maior auxílio àqueles que mais

⁶⁵ Romanelli diz que, embora a previsão legal fosse essa, “a prática, porém, acabou gerando o seguinte sistema: à União cabia criar e controlar a instrução superior em toda a Nação, bem como criar e controlar o ensino secundário acadêmico e a instrução em todos os níveis do Distrito Federal, e aos Estados cabia criar e controlar o ensino primário e o ensino profissional, que, na época, compreendia principalmente escolas normais (de nível médio) para moças e escolas técnicas para rapazes”. (ROMANELLI, 2006, p. 41).

⁶⁶ ROMANELLI, 2006, p. 45.

necessitavam. A educação foi mencionada⁶⁷: no art. 5º, XIV, que definia como competência privativa da União definir os parâmetros da educação nacional; no art. 138, alínea b, que incumbia à União, aos Estados e aos Municípios o estímulo a uma “educação eugênica”⁶⁸ (os parlamentares da época se respaldavam muito nas políticas alemãs); no art. 139, estabelecendo que, fora dos centros escolares, toda empresa industrial ou agrícola que possuir mais de cinquenta funcionários/trabalhadores, cuja soma de analfabetos desses trabalhadores e de seus filhos totalize um montante superior a dez, será obrigada a fornecer-lhes ensino primário gratuito; do art. 148 a 158, prevendo a educação como um direito de todos, transferindo a responsabilidade como dever de ministrar a educação para a família – além da União –, surgimento de uma plano nacional de educação – que deveria ser fixado pela União –, estipulação de renda/receita mínima a ser destinada à educação etc.

Outros pontos previstos na Constituição de 1934 que merecem destaque são: instituições privadas de ensino, gratuito primário ou profissional, consideradas idôneas eram isentas de tributação; o ensino primário era integral e gratuito, sendo obrigatório aos adultos; o ensino secundário tendia a ser gratuito, com a finalidade de ser mais acessível; condicionamento a reconhecer instituições particulares de ensino ao pagamento justo de seus professores.

Por maior que tenha sido grande o avanço ao direito à educação, pelo menos ao que se refere à previsão constitucional, e demonstre querer ajudar os mais necessitados, em contrapartida, com a redação do art. 150, parágrafo único, alínea “e”⁶⁹, o que fica evidenciado que o objetivo não é com a ampliação das escolas, mas sim com limitação de matrículas, contendo assim a extensão do ensino e desfavorecendo, ainda mais, as camadas mais pobres/necessitadas da sociedade⁷⁰.

⁶⁷ BRASIL, 1934.

⁶⁸ De acordo com Simone Rocha: “O ideal de educação para boa parte dos eugenistas estava associado à formação da consciência eugênica com o intuito de que os jovens não contraíssem matrimônio com raças e classes sociais diferentes”. (ROCHA, 2018, p. 65).

⁶⁹ “Art 150 - Compete à União: [...] Parágrafo único - O plano nacional de educação constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, nº XIV, e 39, nº 8, letras *a* e *e*, só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá às seguintes normas: [...] e) limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso; [...]”. (BRASIL, 1934).

⁷⁰ “Como em todo texto não há referência ao estudo e levantamento das necessidades educacionais do país, nem ao estudo de captação e aplicação de recursos de acordo com essas necessidades, pode-se facilmente concluir quanto ao alcance social que têm a prescrição legal da limitação da matrícula à capacidade dos estabelecimentos e a oficialização da seleção para ingresso. A Constituição não se refere a um plano de expansão das escolas, mas sim a um plano de limitação de matrículas, prova de que, por parte do Governo, se cuidou de conter a expansão do ensino em limites estreitos”. (ROMANELLI, 2006, p. 153).

Acerca das competências para oferta do ensino, o art. 10, VI, previa ser concorrente a competência da União e dos Estados para difusão, em todos os graus, da instrução pública. Conforme já apontado, com relação à competência legislativa, enquanto à União competia legislar sobre as diretrizes nacionais da educação, aos Estados, como prevê o art. 5º, § 3º, competia legislar complementarmente sobre as mesmas matérias, suprimindo lacunas da legislação federal de modo a atender às particularidades locais, sem, é claro, que haja violação do que a União estipulou.

Sobre a demanda ao direito à educação, Romanelli constata, analisando o período de 1930 a 1970, uma contradição acerca da expansão do ensino: houve crescimento da procura por escolas e não houve grandes mudanças na estrutura escolar e na qualidade do ensino oferecidas à população⁷¹.

3.1.4. Constituição de 1937

Mais uma vez o cenário brasileiro mudou, e a mudança da Constituição de 1934 pela de 1937 se fazia necessária devido ao novo regime que estava sendo implantado no Brasil, o regime autoritário – ditadura. O Presidente da República, Getúlio Vargas, não querendo sair do poder, tendo em vista que seu mandato estava chegando ao fim, outorgou a Constituição de 1937, após simular que comunistas pretendiam atacar o Brasil e derrubá-lo do poder, e decretou “estado de guerra” e recesso ao Legislativo⁷².

O Brasil, conforme previsão do art. 186⁷³ (que só foi revogado pela Lei Constitucional nº 16, de 1945, um ano antes do nascimento da próxima Constituição brasileira), estava em estado de emergência, um dos fatores que acarretou no retrocesso de vários direitos fundamentais, dentre eles o direito social à educação, como: a receita mínima prevista na Constituição anterior destinada ao investimento em educação não foi mencionada no texto

⁷¹ “A expansão do ensino [...] será o próprio retrato dessa contradição. Se, de um lado, cresceram a procura da escola e as oportunidades educacionais, de outro lado a estrutura escolar não sofreu mudanças substanciais, a ponto de oferecer, quantitativa e qualitativamente falando, o ensino de que a sociedade carecia”. (ROMANELLI, 2006, p. 62).

⁷² “Getúlio, cujo mandato chegaria ao fim em 1938, talvez inspirado em Hitler e o seu polêmico incêndio da *Reichstaat*, também criou um estopim para criar um regime de exceção: o Plano Cohen, um documento feito por um capitão, membro do Serviço Secreto, para simular uma revolução comunista no Brasil. O Ministro da Guerra Eurico Gaspar Dutra (que depois se tornou Presidente), encaminhou ao Congresso a decretação de “estado de guerra” em todo território nacional, aprovado por cerca de três quartos dos parlamentares. Cinquenta dias depois, Getúlio Vargas mandou cercar a Câmara, impôs recesso ao Poder Legislativo e outorgou a nova Constituição”. (NUNES JÚNIOR, 2018, p. 314).

⁷³ BRASIL, 1937.

constitucional de 1937; no art. 130, por mais que previsse o ensino primário como obrigatório e gratuito, preceituava que a gratuidade contemplava, porém, daqueles que não pudessem alegar escassez de recursos, uma contribuição “módica” para a escola⁷⁴ (ficando os pobres sujeitos a boa vontade de colaboração das altas classes econômicas e sociais com os caixas das escolas públicas, para poderem estudar). Continuou a existir distinção/discriminação social na educação, ou seja, elite frequentando escolas privadas e ensino secundário e superior, e a classe mais pobre o ensino profissionalizante (“ensino pré-vocacional profissional”⁷⁵). Esse ensino profissionalizante constava expressamente como “destinado às classes menos favorecidas”, indo totalmente de encontro com a democracia (se é que existia algum resquício de democracia nesse novo regime implantado), incitando, ainda mais, a discriminação, usando como ferramenta a escola – que deveria ser o meio para coibi-la (a discriminação).

A Constituição de 1937 previu também: no art. 15, IX, que era competência privativa da União “fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude”; no art. 16, XXIV, que também estipulava ser competência privativa da União legislar sobre as diretrizes da educação nacional; no art. 125, demonstrando que a educação também era dever dos pais, devendo eles colaborarem com o Estado – que exerceria o papel para sanar as “deficiências e lacunas da educação particular”; do art. 128 ao 134, tratou a seção “Da Educação e da Cultura”.

Nota-se que essa Constituição gerou prejuízos à população no setor educacional e que, como ocorreu em constituições anteriores, a educação ainda servia de instrumento para discriminação social.

⁷⁴ “Art 130 - O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar”. (BRASIL, 1937).

⁷⁵ “Art 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais. **O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas** é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público”. (grifei) (BRASIL, 1937).

3.1.5. Constituição de 1946

No cenário mundial, próximo ao fim da Segunda Guerra Mundial, o Brasil adotava uma postura conflitante, onde internacionalmente atacava Itália, Alemanha e Japão em defesa da democracia e nacionalmente sustentava uma ditadura. Diante de tal situação, o governo começou a ser pressionado e, cedendo às pressões, mas não querendo o então ditador, Getúlio Vargas, perder poder, decretou (palavra utilizada no próprio ato normativo) a Lei nº 9⁷⁶, de 28 de fevereiro de 1945, que alterava a Constituição de 1937, com o intuito de mudar o governo ditatorial para um governo democrático. Porém, temendo que Getúlio Vargas se candidatar-se e fosse eleito, o Exército o pressionou, fazendo com que renunciasse no dia 29 de outubro de 1945 (esse não será o fim de Getúlio Vargas na carreira política – retornou à Presidência da República, eleito, em 1951 e governou até 24 de agosto de 1954, ano em que cometeu suicídio). Assim, assumiu o poder o presidente da alta Corte do Poder Judiciário, Supremo Tribunal Federal, até o dia 2 de dezembro de 1945, quando foram realizadas eleições para Presidente da República e para a formação de uma Assembleia Constituinte. Em 18 de setembro de 1946 foi promulgada a nova Constituição brasileira, reestabelecendo a democracia no país.

Ao direito à educação, a Constituição de 1946⁷⁷ reservava ao seu tratamento do art. 166 ao 175, a alínea “d”, do inciso XV, do art. 5º, e a alínea “b”, do inciso V, do art. 31. Previa, principalmente: que todos tinham direito à educação, devendo esse direito ser exercido/ofertado tanto em casa quanto na escola, com fundamento no princípio da liberdade e no ideal de solidariedade; que o ensino seria ofertado pelo Poder Público, podendo também ser ofertado por particulares, desde que obedecidos os parâmetros legais; o ensino primário como obrigatório, gratuito a todos; que o ensino secundário (“ensino oficial ulterior ao primário”) seria gratuito para aqueles que provassem inexistência ou insuficiência de recursos; que as empresas com mais 100 funcionários eram obrigadas a ofertar ensino primário gratuito tanto aos seus trabalhadores quanto aos filhos desses; receita mínima anual para investimento na educação – em sua manutenção e desenvolvimento –, devendo a União aplicar, pelo menos, 10% , e os Estados, Distrito Federal e Municípios 20% da renda obtida com impostos – por mais que fosse baixo o montante destinado à educação, já simbolizava uma atenção/cuidado maior com esse direito; que os Estados e o Distrito Federal deveriam organizar seus sistemas de ensino e podiam contar com ajuda da União, que prestaria auxílio monetário; que era

⁷⁶ BRASIL, 1945.

⁷⁷ BRASIL, 1946.

competência legislativa da união estabelecer as diretrizes e bases da educação nacional – Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) (Lei 4.024, de 20 de dezembro de 1961) que surgirá somente em 1961, 13 anos após à elaboração do projeto de lei, no ano de 1948 –; que era vedada a cobrança de impostos às instituições de ensino, desde que seus rendimentos fossem todos aplicados no Brasil para os devidos fins (educação).

A Constituição de 1946 propunha, até mesmo, uma reorganização administrativa da educação, estipulando que os professores da rede de ensino deveriam se submeterem e serem aprovados em concurso de provas e títulos, sendo resguardado a eles vitaliciedade no cargo.

Na Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961 (LDB)⁷⁸, que fixou diretrizes e bases da educação nacional, foi prevista a “educação pré-primária”, sem muito detalhamento e tratado em dois artigos que contemplavam: que esse ensino era destinado aos menores de sete anos de idade; que seria ofertada por “escolas maternas ou jardins-de-infância”; que as empresas que possuíssem como funcionárias mães de crianças menores de sete anos seriam incentivadas a organizar e manter instituições que oferecessem essa etapa de ensino.

O intuito dessa LDB (1961) era organizar a educação, primando pelo seu desenvolvimento, porém, sabe-se que, por mais completa e progressista que seja uma lei, ela, por si só, não possui o condão de mudar drasticamente uma sociedade. Na prática, não houve a criação de um sistema de ensino que suprisse as necessidades sociais carecidas.

Em 1962, houve a criação de um Plano Nacional de Educação, que estipulava metas para o período de 1962 a 1970, para todas as etapas de ensino (ensino pré-primário, ensino primário, ensino médio e ensino superior), prevendo, por exemplo, quanto ao ensino primário, que, até 1970, toda a população (100%) de 7 a 14 anos de idade já deveria estar escolarizada nessa etapa.

Romanelli⁷⁹ constata que o Plano não atingiu a meta. Relata que havia alto grau de reprovação no ensino primário, causando retenção a esses alunos e impossibilitando-os de atingirem as etapas posteriores de ensino, influenciando diretamente no não atingimento das metas estabelecidas para essas etapas de ensino, devendo, assim, nesse ponto o Plano ser reformulado.

A autora faz duras críticas à maneira como se dá a aplicação de recursos, firmando a seguinte linha de raciocínio: “se o problema mais grave está na escola primária, de vez que ela, além de não conseguir estender-se a toda a população escolar, ainda reprova em massa,

⁷⁸ BRASIL, 1961.

⁷⁹ ROMANELLI, 2006, p. 186.

ocorre então indagar se ela não deve ter prioridade na destinação das verbas consignadas à educação, ao menos para resolver, em definitivo, o problema da reprovação”⁸⁰. Tendo em vista que a educação primária é constituída, em sua maioria, pela população mais pobre da sociedade, que ocupa social e economicamente posição de desvantagem, Romanelli defende que, em vez do Governo agir dando ‘bolsas de estudos’ a alunos pobres para custearem seus estudos nas escolas particulares, o Governo, de fato, investisse no sistema público de ensino, promovendo uma expansão da rede, e prestasse uma assistência a esses alunos, com o dinheiro que estava sendo aplicado para custear as escolas privadas, de modo a promover um fundo de assistência, por exemplo, distribuindo bolsas que auxiliassem os estudos (uniforme, alimentação, transporte, material escolar, por exemplo). O modelo que se tinha, a autora julga que em nada beneficiava o aluno, mas somente os proprietários das instituições privadas de ensino.

3.1.6. Constituição de 1967

A constituição de 1967 marca um período turbulento no Brasil. Foi outorgada, mesmo o seu texto afirmando se tratar de uma Constituição promulgada (por mais que tenha sido aprovada por um Congresso Nacional, a formação desse Congresso era considerada ilegítima, pois o governo que estava se instituindo – militar – cassou o mandato de diversos parlamentares, além de ter dado um curtíssimo prazo para aprovação da nova constituinte), pelos militares que se opunham fortemente ao governo, de modo que assumiram o poder e, mais uma vez, o país se tornou palco de uma ditadura. Sendo instaurada uma ditadura, automaticamente (como é de praxe), o poder é centralizado, arbitrariedades estatais são exercidas, o autoritarismo permeia a nação, e acompanha todos esses fatores a diminuição (drástica) dos direitos fundamentais.

Quanto ao direito à educação, a o texto normativo desta Constituição⁸¹ estipulava: no art. 8º, XIV, que competia à União estabelecer Plano Nacional de Educação, e, no inciso XVII, alínea “q”, ser de sua competência a legislação das diretrizes e bases da educação nacional (conforme previsto na Constituição anterior – 1946); no art. 20, III, alínea “c”, que era vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a criação de impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços de instituições de educação; do art. 167 ao 172, o Título IV, que tratava “Da Família, da Educação e da Cultura”; no art. 168, a) que a educação era um

⁸⁰ ROMANELLI, 2006, p. 186.

⁸¹ BRASIL, 1967.

direito de todos, devendo ser dada tanto no lar quanto na escola, assegurando a “igualdade de oportunidade”, b) que o ensino será promovido pelo Poder Público, podendo particulares também provê-lo⁸², c) que a educação dos 7 aos 14 anos de idade é obrigatória e gratuita para todos nas escolas de ensino primário; d) a gratuidade do ensino secundário para aqueles que comprovassem inexistência ou insuficiência de recursos, prevendo ainda que, como já estava acontecendo na vigência do Plano Nacional de Educação (1962-1970) com o provimento do ensino secundário, “sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior”⁸³, e) que o provimento do cargo de professor ocorrerá por meio de concurso público de provas e títulos em âmbito do ensino público; no art. 169, que seria competência dos Estados e do Distrito Federal organizar seus sistemas de ensino, assim como da União organizar o sistema federal de ensino e dar assistência para o desenvolvimento dos sistemas estaduais e distritais; no art. 170, como na Constituição anterior, que as empresas eram obrigadas a manter a educação primária e gratuita de seus funcionários e dos filhos desses.

Mais uma vez, como já havia acontecido na história das Constituições brasileiras, não foi estabelecida uma receita obrigatória mínima destinada ao desenvolvimento do direito à educação.

A Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, foi complementada pela e entrada em vigor da Lei de Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus - Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971⁸⁴ - e pela Lei organizadora do ensino superior e médio – Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968. A nova Lei 5.692/1971 estruturava as duas etapas da educação da seguinte maneira: ensino de 1º grau, obrigatório aos jovens de 7 a 14 anos de idade (art. 20) e com duração de 8 anos, em cada ano somando, no mínimo, a carga horária de 720 horas de atividade (art. 18); ensino de 2º grau, etapa posterior à conclusão do primeiro grau, destinado a atender o público adolescente, com duração, em regra, de 3 ou 4 anos, somando carga horária de 2.200 ou 2.900 horas (art. 22); ensino supletivo, cujo objetivo era atender jovens e adultos que não haviam estudado ou concluído seus estudos na idade própria (art. 24 e seguintes).

⁸² “Art. 168 – [...] § 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo. [...]”. (BRASIL, 1967).

⁸³ BRASIL, 1967

⁸⁴ BRASIL, 1971.

A Lei 5.692/1971, sobre a educação infantil, mencionou brevemente que as crianças menores de 7 anos de idade receberiam dos sistemas de ensino “conveniente educação” em escolas destinadas para essa finalidade, como preceitua seu § 2º, do art. 19.

Em suma, a história se repetiu com relação aos investimentos no setor educacional⁸⁵, as verbas continuavam sendo destinadas às escolas particulares, a pré-escola – etapa que antecede o ensino de 1º grau – foi ofertada em sua maioria, praticamente, por estabelecimentos privados, e a educação continuou socialmente desnivelada.

3.1.7. Constituição de 1988

Com a inconstância do cenário brasileiro, mais uma vez outra Constituição saiu de cena (1967) e voltou a reinar no Brasil a democracia, resplandecida pela Constituição de 1988, vigente até hoje. A mudança se deu em decorrência da pressão popular por redemocratização. O povo foi às ruas, em meados dos anos de 1980 (entre 1983 e 1984), clamar para que a Constituição vigente, a de 1967, fosse emendada, no sentido de que, em vez de eleições indiretas para o cargo de Presidente da República, passasse a ser eleições diretas; movimento esse que ficou conhecido por “Diretas Já”. Ocorreu o trâmite da Proposta de Emenda Constitucional no Congresso Nacional, porém não foi aprovada, frustrando ainda mais a população. Em 1985, Tancredo Neves é eleito indiretamente à Presidência da República, contudo, devido a problemas de saúde, quem assume a função é o Vice-Presidente, José Ribamar Sarney, primeiramente, interinamente, e logo depois do falecimento de Tancredo Neves, em definitivo. Sarney, ouvindo aos clamores sociais e dando continuidade às ideias de Tancredo, com um Congresso Nacional renovado em 1986, instaura uma Assembleia Nacional Constituinte (com convocação aprovada pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985), resultando, assim, na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988.

A CRFB/88 prevê o direito fundamental social à educação nos seguintes dispositivos: art. 6º, apenas identificando tal direito como fundamental e social, sem maiores detalhes e explicações; art. 7º, IV, tratando que o salário mínimo estipulado deverá ser capaz

⁸⁵ “Na área educacional, apesar das reformas, o Estado se descomprometeu gradativamente de financiar a educação pública; os recursos foram comprometidos com o capital privado, repassando as verbas para as escolas particulares. A iniciativa privada dominou a pré-escola, avançou no 2º grau e predominou no nível superior. Apenas uma pequena parcela da população teve acesso aos mais elevados níveis de escolarização, enquanto significativa fração do povo não teve nem mesmo acesso à escola”. (ASSIS, 2012).

de atender as várias necessidades (vitais e diversos direitos a ela ligados) da pessoa e de sua família, dentre elas (necessidades) é arrolado o direito à educação; art. 22, XXIV, que institui como competência privativa da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional; art. 23, V, estatuinto que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para proporcionar os meios de acesso à educação (dentre outros direitos); art. 24, IX, que é competência da União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação (dentre outros direitos); art. 30, VI, que é competência municipal a manutenção, com a colaboração técnica e financeira da União e do Estado, de programas de educação infantil e de ensino fundamental; art. 150, VI, “c”, vedando à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a instituição de impostos sobre instituições de educação (dentre outras), acerca de seu patrimônio, sua renda ou de seus serviços; do art. 205 ao 214, correspondentes à Seção I (do Capítulo III, do Título VIII – Da Ordem Social) que trata exclusivamente do direito à Educação.

Nessa mencionada Seção I – Da Educação, pode-se fazer os seguintes apontamentos pertinentes a este estudo: a educação é declarada como direito de todos e dever tanto do Estado quanto da família (dever esse mencionado também pelo art. 227), devendo ser capaz de desenvolver, plenamente, os indivíduos, e prepará-los para exercer a cidadania e qualificá-los para o labor (art. 205); dentre os diversos princípios elencados como balizadores do ensino (art. 206), destacam-se o da “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (art. 206, I) e o da “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” (art. 206, IV); é dever do Estado garantir (fazendo um recorte e elencando somente os deveres que são objetos de estudo deste trabalho) “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram na idade própria” (art. 208, I) e “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (art. 208, IV), além de garantir também, ao educando, atendimento “em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” (art. 208, VII); o direito à educação na CRFB de 1988 é tão protegido e abrangente, que, inclusive, o art. 208 prevê, expressamente, como **direito público subjetivo** o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (§ 1º) e também que o descumprimento de sua oferta regular pelo Poder Público acarretará em **responsabilidade da autoridade competente** (§ 2º); os sistemas de ensino funcionam em regime de colaboração entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo competência dos Municípios atuar na educação infantil e no ensino fundamental (art. 211, § 2º), cumpre destacar que o ensino fundamental é competência também do Estado e do Distrito Federal (art.

211, § 3º); estabelece que “a educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular” (art. 211, § 5º), ou seja, é prioridade o atendimento à educação básica, adequadamente ajustada a relação entre a faixa etária dos jovens ao nível de ensino a ela correspondente, e à Educação de Jovens e Adultos (EJA). É possível notar neste estudo normativo a preocupação do constituinte originário em externalizar como dever do poder público o acompanhamento não só com relação ao ingresso dos jovens à rede de ensino, mas também com sua permanência/manutenção nessa (art. 208, § 3º).

Ainda na Seção I, assim como em algumas das Constituições brasileiras anteriores, a CRFB de 1988 também trata da destinação de uma parte da receita resultante de impostos à educação, prevendo que à União cumpre aplicação, anual, na educação, nunca menor que 18% da arrecadação obtida, e aos Estados e ao Distrito federal a arrecadação mínima de 25% para ser aplicada também no ensino, visando, com esses montantes, manter e desenvolver a educação nacional (art. 212). Sobre a distribuição de recursos públicos, o texto constitucional estabelece como prioridade o atendimento às carências do ensino obrigatório (educação básica), com base nos termos do Plano Nacional de Educação (art. 212, § 3º). É obrigação do Poder Público o investimento de recursos públicos em suas escolas (públicas), como prevê o art. 213; porém, caso não seja possível e haja insuficiência de vagas e cursos na rede pública de ensino, poderá o Poder Público conceder esses recursos à bolsas de estudos, somente para ensino fundamental e médio, para aqueles que “demonstrarem insuficiência de recursos”, conforme § 1º do art. 213; cumpre dizer que essa concessão de bolsas de estudos não desobriga o governo a investir na expansão de sua rede de ensino, muito pelo contrário, fica obrigado a fazer isso, prioritariamente, o quanto antes.

O texto constitucional é tão minucioso que estabelece como se articulará o Plano Nacional de Educação, em seu art. 214, como: relatando sua duração, que deverá ser de 10 anos; as definições que deverão nele conter – “diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação” – de modo que consiga resguardar a manutenção e o aperfeiçoamento da rede de ensino; os objetivos principais que deverão ser alcançados, numerados do inciso I ao VI⁸⁶.

Além da Constituição tratando do direito à educação, há também várias leis e atos normativos infraconstitucionais sobre o assunto (tendo em vista que a competência para oferta de cada etapa e modalidade educacionais é distribuída entre União, Estados e Municípios), onde

⁸⁶ “Art. 214. [...] I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto”. (BRASIL, 1988).

ganham destaque a Lei federal nº 9.394/96, apelidada de LDB, que trata das Diretrizes e Bases da Educação Nacional⁸⁷ (que revogou a LDB anterior – a Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961 –, a Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 e a Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968) e o Estatuto da Crianças e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990⁸⁸.

Em âmbito internacional, sendo o Brasil signatário, tem-se a Declaração dos Direitos da Criança⁸⁹, que visa o bem-estar da criança e que prevê, em seu sétimo princípio, que terá ela (a criança) direito a receber *educação gratuita e compulsória pelo menos no grau primário*. Neste ponto fica demonstrado que pelo menos o ensino fundamental deverá ser garantido à criança, ficando caracterizado que, como o próprio nome faz referência (“fundamental”), seria primordial/essencial a ela o atendimento a essa etapa, analisando preliminarmente o texto da Declaração.

A Educação Básica no Brasil, tão mencionada pela CRFB/88, é gratuita e obrigatória e composta por três etapas: Pré-escola (Pré I e Pré II – atendimento às crianças de 4 e 5 anos de idade; foi inserida como primeira etapa da educação básica a partir do ano de 1996, pela LDB⁹⁰, porém se tornou obrigatória por meio da Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, e só em 2013 a LDB foi alterada com tal previsão, com a Lei 12.796, de 4 de abril de 2013), Ensino Fundamental (1º ao 9º ano – atendimento aos jovens dos 6 aos 14 anos de idade) e Ensino Médio (1º, 2º e 3º anos – atendimento aos jovens dos 15 aos 17 anos de idade).

3.2. O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL

Na história da legislação brasileira, é recente o compartilhamento de responsabilidade entre o Estado e a família nos cuidados e educação das crianças com idade incompleta para ingresso na educação básica obrigatória. Por muito tempo a criança foi obrigação exclusiva da família, competindo a esse seio familiar promover seu convívio e

⁸⁷ BRASIL, 1996.

⁸⁸ BRASIL, 1990.

⁸⁹ “Adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961”. (ONU, 1959).

⁹⁰ O texto ainda se mantém com a mesma redação: “Art. 21. A educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior”. (BRASIL, 1996).

interação com o meio físico e social em que vive, bem como ensiná-la as tradições e costumes daquele povo, daquela região.

Segundo relatos, as primeiras instituições de atendimento à criança, à educação infantil, surgiram já no período pós-República no Brasil⁹¹. Cumpre ressaltar que, desde 1891, é notória a influência Norte Americana no Brasil, grande fator que demonstra tal afirmativa é a Constituição brasileira de 1891, em que o constituinte originário muito se respaldou na Constituição dos Estados Unidos. Sob essa influência, teorias acabaram por se internalizar no território nacional, como relata KUHLMANN JÚNIOR, dentre elas a teoria da “assistência científica” (2000, p. 8), que defendia que não se deveria fazer investimento alto no atendimento à classe mais pobre da sociedade; assim, tal concepção se refletiria nos mais variados segmentos, dentre eles na educação: o que se tinha na época (século XX) era uma educação, de cunho assistencialista, voltada não para a formação do saber, para criação de seres pensantes, mas sim para formação de uma classe pobre alienada, voltada para aceitação sua condição social e exploração (econômica, servil etc.).

Felizmente, a história e a cultura brasileiras mudaram (pelo menos um pouco, analisando legislativamente – afinal, o Brasil é “famoso” por relatos de corrupção e não repasse de verbas aos fins a que se destinam), evoluíram. Buscando romper barreira educacional socioeconômica, padronizar o ensino ministrado para crianças pobres e para crianças ricas, hoje garante-se à criança oportunidades iguais (no universo normativo) e espaço para aprendizagem e socialização. A CRFB/88 juntamente com a LDB (1996) foram grandes marcos legais na história da educação brasileira. Em comparação a toda legislação brasileira anterior a 1988, foram nessas que a educação, de modo geral, ganhou maior destaque, principalmente a educação infantil.

O grande pedagogo alemão Friedrich Froebel foi grande influência para o surgimento da educação infantil no Brasil⁹². Froebel defendia a educação de crianças com uma didática diferente, que ocorresse de modo descontraído, divertido e que ao mesmo tempo fosse educativo e disciplinador, utilizando como ferramenta de aprendizagem brincadeiras e jogos, de modo a ajudar na formação do caráter e da moral da criança, promovendo um futuro promissor, não só aos futuros adultos como a toda sociedade.

⁹¹ De acordo com KUHLMANN JÚNIOR, em 1921, somava-se, aproximadamente, 15 estabelecimentos com atendimento à creche, e algo em torno de 47, em 1924, estabelecimentos esses (pouquíssimos) distribuídos na vastidão do território brasileiro. (KUHLMANN JÚNIOR, 2000, p. 8).

⁹² Conforme relatos de: KUHLMANN JÚNIOR, 1998.

Conforme mencionado neste trabalho, a Educação Básica no Brasil gratuita e obrigatória é composta por três etapas: Pré-escola, Ensino Fundamental e Ensino Médio.

A Pré-escola, etapa da educação básica que objetiva atender às crianças de 4 e 5 anos de idade, é de oferta obrigatória por parte do Estado e de matrícula obrigatória da criança por seus pais/responsáveis desde 2009, pela Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009, e em 2013, pela Lei 12.796, de 4 de abril de 2013, que alterou a LDB vigente (Lei 9.394/1996). Ou seja, a matrícula na Pré-escola, desde 2009, deixou de ser uma faculdade e se tornou dever, em que, havendo descumprimento, sanções serão cabíveis. Antes dessa alteração, a LDB (1996) previa como obrigatório e gratuito a oferta pelo Estado a partir do ensino fundamental.

Assim, cumpre esclarecer que a educação infantil é composta por duas etapas: Creche (prevista no artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal Brasileira - atende crianças de 0 a 3 anos de idade) e Pré-escola. E, apesar de só na Pré-escola ser obrigatória a matrícula da criança por seus pais ou responsáveis, ambas as etapas devem ser ofertadas, conforme previsão legal, gratuitamente, pelo Estado.

A educação infantil é figura recente na legislação constitucional e educacional brasileira. Foi mencionada, de maneira simplória/sucinta, pela Lei 5.692/1971, que previa, em seu art. 19, § 2º, que era função dos sistemas de ensino cuidar/velar para que crianças que não possuíssem idade para o ingresso no ensino de 1º grau, ou seja, menores de sete anos, recebessem educação adequada por estabelecimentos próprios, como “escolas maternas, jardins de infância e instituições equivalentes”⁹³. E agora, com a Constituição de 1988, ganhou mais força ainda a educação infantil, a Lei 5.692 de 1971 foi revogada juntamente com a antiga LDB (Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961) e a Lei organizadora do ensino superior e médio – Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968 – e foram substituídas pela LDB hoje vigente (Lei 9.394/1996), que regulamentou o direito à educação nos moldes da nova constituinte, e já possui parte dela (educação infantil) como integrante da educação básica obrigatória do país.

Afinal, o que é educação infantil? Qual seu objetivo? Seria essa etapa indispensável e essencial para a criança?

Ao longo da história, até se chegar à estrutura do ambiente educacional que se tem hoje no Brasil, em regra⁹⁴, o serviço prestado e o espaço destinado para crianças abaixo da idade

⁹³ BRASIL, 1971.

⁹⁴ No texto, retratou-se o que comumente acontecia no país. Mas, segundo Bianca Cristina Corrêa, houve exceções: “Assim, quando pensamos em educação infantil pública no país, podemos logo ter a imagem da precariedade, salvo alguns raros períodos em que, em alguns municípios dirigidos por gestores mais

mínima para ingressar no ensino fundamental eram bastante precários, ainda mais quando se tratava do cenário escolar público, onde quem demandava por essa prestação de serviços era, em sua maioria, uma população carente (com escassez de recursos). Dessa forma, com a necessidade de pais/responsáveis ter de ir trabalhar, devido mudanças sociais e isso se refletir na organização familiar, e não ter com quem deixar sua(s) criança(s), a visão que se tinha acerca da educação infantil era a de que possuía mais um caráter assistencialista do que educativo aos pobres, como se fosse uma forma de o poder público “pagar seu débito” (compensar) com as famílias mais necessitadas frente ao desamparo estatal, às más distribuições de renda e à indevida e insuficiente destinação de recursos públicos aos direitos sociais.

A realidade enfrentada por muitas famílias baixa renda era: precisão de pais/responsáveis de um local para deixar as crianças enquanto trabalhavam; necessidade das crianças de serem amparadas, não só por serem vulneráveis e sensíveis, mas também por muitas delas não terem em suas casas refeições “decentes” (completas) e, muitas das vezes, só terem a garantia ao alimento proporcionado pelo local de atendimento público; descaso dos gestores e baixa destinação de verbas públicas à educação infantil, fazendo com que as instalações se tornassem caóticas, os materiais disponíveis para trabalhar com essas crianças fossem escassos, e a quantidade de crianças por cuidador/professor fosse absurdamente desproporcional (alta demanda e baixa oferta, resultando em superlotações).

Vislumbrada como a base para a promoção da isonomia, a educação infantil era uma ferramenta para solução de embates da família e da própria sociedade. O fato de as mulheres mais atuantes no mercado de trabalho e a mudança de concepção de que as funções domésticas eram deveres apenas delas fez com que muita coisa mudasse. A educação infantil, mais do que atender às crianças, atendia aos anseios dos pais.

Antes de 1988, as creches (atendimento a crianças de 0 a 3 anos de idade) eram fornecidas por estabelecimentos vinculados a órgãos de assistência social – porém, era comum que muitas instituições, cujo objetivo era atendimento somente à creche, também atendessem às demais crianças com idade incompleta para ingressar no ensino fundamental⁹⁵ (a partir dos 7 anos de idade) – e, os famosos jardins de infância e pré-escolas, que visavam atender crianças dos 3 ou 4 anos de idade até a incompletude dos 7 anos, eram vinculados à própria rede de ensino.

sensíveis à questão, de fato houve investimento sério na educação da criança pequena”. (CORRÊA, 2007, p. 14).

⁹⁵ CAMPOS, ROSENBERG, FERREIRA, 1995.

Porém, apesar de serem segmentos ofertados por diferentes instituições, ou seja, as creches por órgãos de assistência social e os jardins de infância e pré-escolas pelo próprio sistema educacional da época, não significava dizer que um possuía caráter assistencialista e o outro caráter educativo. Ambos possuíam planejamento educativo, mas, em tese, o objetivo era cuidar e não educar. Essa fragmentação no atendimento por cada estabelecimento por faixa etária se justificava pela escassez de verbas destinada à aplicação em educação infantil.

Em 1998, dois anos após o ingresso da LDB (1996) no ordenamento jurídico brasileiro, o governo brasileiro, em obra denominada como “Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil”⁹⁶, já alertava sobre a dificuldade de mudança do entendimento social acerca da educação infantil, ressaltando que a transformação do olhar/julgamento da sociedade sobre essa etapa da educação, de um caráter assistencialista para um patamar educacional, extrapola o fato de seu reconhecimento pela legislação. Ou seja, não basta ser legalizada a educação infantil como uma etapa da educação para que a visão e o comportamento das pessoas mudem, é preciso mostrar os atributos desse ensino à população, possibilitando que identifiquem sua importância e exijam o cumprimento do texto normativo, de modo a chamar para a responsabilidade tanto os pais e o Estado quanto a própria sociedade.

A educação infantil é a relação existente entre cuidar e educar (assim como toda etapa da educação básica, que exige cuidados dos estabelecimentos de ensino para com essas crianças e jovens que ficam sob sua responsabilidade, enquanto ali permanecerem; porém, o nível de cuidado para com uma criança é bem maior do que para com qualquer outra faixa etária, tendo em vista sua sensibilidade e fragilidade – tanto no sentido físico, como higiene, alimentação, coordenação motora, por exemplo, quanto no sentido emocional/psíquico), visando passar conhecimento à criança em diversos campos, de maneira a integrá-la ao meio social, promovendo sua interação e desenvolvendo suas capacidades físicas, emocionais e cognitivas (desenvolvimento da capacidade cognitiva aqui se referindo ao processo de ensino-aprendizagem, construção do conhecimento).

Educar⁹⁷ uma criança envolve, acima de tudo, propiciar uma formação que desenvolva a ética (princípios norteadores da moral) e forme sua moral, no intuito de promover

⁹⁶ “Modificar essa concepção de educação assistencialista significa atentar para várias questões que vão muito além dos aspectos legais. Envolve, principalmente, assumir as especificidades da educação infantil e rever concepções sobre a infância, as relações entre classes sociais, as responsabilidades da sociedade e o papel do Estado diante das crianças pequenas”. (BRASIL, 1998, p. 17).

⁹⁷ “Educar significa, portanto, propiciar situações de cuidados, brincadeiras e aprendizagens orientadas de forma integrada e que possam contribuir para o desenvolvimento das capacidades infantis de relação interpessoal, de ser e estar com os outros em uma atitude básica de aceitação, respeito e confiança, e o

a solidariedade, o respeito ao próximo e ao meio em que vive, o respeito às diversidades sociais e culturais etc.

Assim, o intuito do governo ao tornar uma parte da educação infantil integrante da educação básica obrigatória foi o de reconhecer, ainda mais, os direitos da criança, reafirmando essa criança como pessoa titular de direitos, valorizando-a e lhe proporcionando o desenvolvimento de suas capacidades, de modo a assegurar a não violação do princípio à dignidade. Mais que isso, o governo visa promover a igualdade (igualdade de oportunidades, igualdade de tratamento, igualdade de acesso e permanência na rede de ensino), conforme reconheceu o art. 206, inciso I, da CRFB/88 como um dos princípios orientativos da educação.

Essa etapa da educação, tratada pela CRFB/88 como dever do Estado e da família⁹⁸, tem como objetivo preparar a criança para a iniciação ao ensino fundamental, fazendo com que se familiarize com o ambiente e as rotinas escolares, se socialize, desenvolva funções cognitivas, psicomotoras, responsabilidades etc.⁹⁹.

A promoção do desenvolvimento infantil foi embasada em estudos científicos das neurociências, que apontam que são nos primeiros anos de vida que se define o potencial de uma criança¹⁰⁰. Assim, a educação infantil tem uma função pedagógica, não se trata de um lugar para a mera recreação e entretenimento, é considerada como uma fase de aprendizagens e descobertas para as crianças.

O direito à educação, tido como um direito à prestação¹⁰¹, componente do rol dos direitos fundamentais sociais na atual Constituição, com diretrizes estipuladas pela LDB (1996), é previsto também no Código Penal Brasileiro.

Amparando o cumprimento da legislação educacional, o Código Penal brasileiro prevê, em seu artigo 246, pena para os pais ou responsáveis que desproverem “instrução

acesso, pelas crianças, aos conhecimentos mais amplos da realidade social e cultural. Neste processo, a educação poderá auxiliar o desenvolvimento das capacidades de apropriação e conhecimento das potencialidades corporais, afetivas, emocionais, estéticas e éticas, na perspectiva de contribuir para a formação de crianças felizes e saudáveis”. (BRASIL, 1998, p. 23).

⁹⁸ BRASIL, 1988, art. 205.

⁹⁹ De acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu artigo 29: “A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade”. (BRASIL, 1996).

¹⁰⁰ ROSSETTI-FERREIRA, RAMON, SILVA, 2002.

¹⁰¹ “[...] Todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação”. (ALEXY, 2015, p. 442).

primária” aos jovens, configurando crime de abandono intelectual¹⁰². O grande objetivo da legislação penal é coibir que pais/responsáveis não proporcionem o que é de direito para seus filhos. Caso não haja cumprimento do previsto pelo artigo, aplicar-se-á a pena estipulada.

Auxiliando também a prestação a esse direito da criança, aparece em cena o Estatuto da Crianças e do Adolescente (ECA) – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990¹⁰³ – além de reproduzir, no âmbito de matéria educacional, o que foi previsto pela CRFB/88 e LDB/1996, ele é bastante incisivo e enfatiza a proteção aos direitos do jovens (crianças e adolescentes). Prova dessa ênfase, relacionando-a com a proteção ao ensino, por exemplo é o que prevê seu art. 4º, estabelecendo que o direito à educação, dentre tantos outros direitos mencionados, deverá ser tratado com “absoluta prioridade”; outro exemplo que demonstra esse cuidado e preocupação com o tratamento que é dado às crianças é o art. 53 do dispositivo, que assegura a elas o direito de serem respeitadas por seus educadores. São pontos bastante pertinentes e de suma importância que ganham um olhar atencioso da legislação, visando coibir práticas abusivas contra os mais jovens, tendo em vista que são um público que requer cuidados, tanto físico quanto psíquico.

Mas, afinal: seria a educação infantil indispensável para a criança?

Primeiramente, caso decida-se responder esse questionamento com base exclusivamente no que dispõe a LDB/1996, a resposta seria sim, pois em seu texto normativo, no art. 21, inciso I, alega-se que a educação básica é composta pela “educação infantil, ensino fundamental e ensino médio” e, no art. 22, é categórica ao falar que é finalidade da educação básica desenvolver o educando, de modo a “assegurar-lhe a formação comum **indispensável** para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores” (grifei)¹⁰⁴.

Assim, sendo indispensável, a ideia promovida é a de que a educação infantil seria essencial, devendo todos por ela passar/frequentar, até mesmo pelo motivo de que a pré-escola é obrigatória. Porém, não é exatamente isso que ocorre.

Apesar de a legislação prever que a educação infantil é indispensável (estimulando a ideia de sequencialidade/progressão dos estudos), se ocorrer descumprimento da Lei pelos pais/responsáveis de modo a não efetuar matrícula da criança quando tinha 4 anos de idade na

¹⁰² “Abandono intelectual - Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa”. (BRASIL, 1940).

¹⁰³ BRASIL, 1990.

¹⁰⁴ BRASIL, 1996

Pré-escola (etapa obrigatória) e, por exemplo, o primeiro contato da criança com a escola se der aos 6 anos de idade, idade essa estipulada pela legislação como própria para ingresso no primeiro ano do ensino fundamental, essa criança ingressará diretamente no ano correspondente à sua idade, não tendo que cumprir com as etapas anteriores obrigatórias. Isso ocorre devido a LDB/1996 não prever a “classificação” para ingressantes na escola na faixa etária correspondente a cursar educação infantil e o primeiro ano do ensino fundamental, como prevê o art. 24, inciso II¹⁰⁵.

A “classificação” trata-se de uma ferramenta que a os estabelecimentos de ensino dispõem para inserir determinada criança ou jovem no ambiente educacional correspondente a sua aprendizagem (conhecimentos) e faixa etária, nos termos do art. 24, inciso II, da LDB/1996.

O que a LDB/1996 preceitua é reafirmado pelo Conselho Nacional de Educação que, na Resolução nº 6, de 20 de outubro de 2010, que “Define Diretrizes Operacionais para a matrícula no Ensino Fundamental e na Educação Infantil”, que prevê como único requisito para ingresso no ensino fundamental a completude de 6 anos de idade da criança até o dia 31 de março do ano em que for efetuada a matrícula (corte etário)¹⁰⁶.

A LDB/1996, inclusive, só prevê para os níveis fundamental e médio a verificação de rendimento escolar e com ela as possibilidades de avanço, aceleração e aproveitamento de estudos¹⁰⁷. Para a educação infantil, ela é categórica ao afirmar que a avaliação feita dessa criança não objetiva a promoção nessa etapa e nem mesmo para o acesso ao ensino

¹⁰⁵ “Art. 24. A **educação básica, nos níveis fundamental e médio**, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: [...] II - a classificação em qualquer série ou etapa, **exceto a primeira do ensino fundamental**, pode ser feita: a) por promoção, para alunos que cursaram, com aproveitamento, a série ou fase anterior, na própria escola; b) por transferência, para candidatos procedentes de outras escolas; c) independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino”. (grifei) (BRASIL, 1996).

¹⁰⁶ “Art. 3º Para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter idade de 6 (seis) anos completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula”. (BRASIL, 2010).

¹⁰⁷ “Art. 24. [...] V - a verificação do rendimento escolar observará os seguintes critérios: a) avaliação contínua e cumulativa do desempenho do aluno, com prevalência dos aspectos qualitativos sobre os quantitativos e dos resultados ao longo do período sobre os de eventuais provas finais; b) possibilidade de aceleração de estudos para alunos com atraso escolar; c) possibilidade de avanço nos cursos e nas séries mediante verificação do aprendizado; d) aproveitamento de estudos concluídos com êxito; e) obrigatoriedade de estudos de recuperação, de preferência paralelos ao período letivo, para os casos de baixo rendimento escolar, a serem disciplinados pelas instituições de ensino em seus regimentos”. (BRASIL, 1996).

fundamental¹⁰⁸. O Conselho Nacional de Educação disciplina no mesmo sentido, ao estipular que a matrícula no ensino fundamental não possui como pré-requisito a frequência na educação infantil¹⁰⁹.

Tal análise permite o leitor constatar uma certa dissonância no texto legal, tendo em vista a ruptura que fica demonstrada, pois o que é julgado pela norma com indispensável se mostra bastante dispensável. Quando analisado o tratamento dado à educação infantil, a conclusão que se chega é de dispensabilidade dessa etapa de ensino, pois não é estipulada, pelo menos normativamente (cumpre-se dizer que empiricamente também), uma progressão continuada de estudos em se tratando de educação infantil para ensino fundamental. O mesmo ocorre quando se trata de Pré-I (crianças com 4 anos de idade) e Pré-II (crianças com 5 anos de idade), por exemplo, ou de creche para pré-escola, em que não é utilizado como requisito para o acesso a progressão na aprendizagem ou a frequência na etapa anterior, mas, unicamente, a idade da criança¹¹⁰.

Esse posicionamento se concretiza mais ainda quando a Base Nacional Comum Curricular (BNCC) relata que, apesar de na educação infantil iniciar algumas “práticas letradas”, é o ensino fundamental o encarregado da alfabetização das crianças, que deverá acontecer nos anos iniciais, especificamente, 1º e 2º anos¹¹¹.

Assim, por mais que a educação infantil ajude na formação e desenvolvimento de habilidades das crianças, apesar de a lei defendê-la como indispensável em um artigo, não é a essa conclusão que ela conduz nos artigos subsequentes, passando a ideia de dispensabilidade dessa etapa¹¹².

¹⁰⁸ “Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: I - avaliação mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento das crianças, **sem o objetivo de promoção**, mesmo para o acesso ao ensino fundamental; [...]”. (grifei) (BRASIL, 1996).

¹⁰⁹ Art. 3º, § 4º da Resolução nº 2, de 9 de outubro de 2018, do Conselho Nacional de Educação. (BRASIL, 2018)

¹¹⁰ Sem que haja uma avaliação dos rendimentos/aprendizagem da criança complica constatar/averiguar a qualidade dos serviços prestados: “A progressividade da educação com qualidade é a concretização do aspecto substancial do direito à educação. Admitir a universalização da educação sem qualidade é restringi-lo ao aspecto formal, o que não se coaduna com sua dimensão constitucional”. (GIOIA, 2015, p. 142).

¹¹¹ “Embora, desde que nasce e na Educação Infantil, a criança esteja cercada e participe de diferentes práticas letradas, é nos anos iniciais (1º e 2º anos) do Ensino Fundamental que se espera que ela se alfabetize. Isso significa que a alfabetização deve ser o foco da ação pedagógica. [...]”. (BRASIL, p. 89, 2017).

¹¹² Essa “dispensabilidade” pode ser notada, por exemplo, em uma Resolução Normativa nº 002/2015, do Conselho Estadual de Educação do Estado de Mato Grosso, ao estipular que não é prioridade da

Cumpra, em contrapartida, ressaltar que a educação infantil potencializa a criança para um maior e melhor contato com o ensino fundamental, tendo em vista que algumas “práticas letradas” já foram trabalhadas com ela.

Como todo direito social, para que seja dada a devida execução e proteção ao direito à educação infantil se faz necessário e primordial a existência e aplicação de recursos financeiros. A escassez desses recursos, seja por má administração, baixos investimentos, desvio de renda pública, gerará algumas situações, infelizmente, cotidianas ao brasileiro que serão retratadas pelo tópico seguinte.

3.2.1. Alguns percalços

No Brasil, alguns percalços são enfrentados quando o assunto é educação infantil, envolvendo tanto creches quanto pré-escolas. Como prevê o art. 4º da LDB/1996, competirá ao Estado atender gratuitamente tanto a creche quanto a pré-escola, apesar de só a pré-escola ser de matrícula obrigatória das crianças por seus pais/responsáveis.

Cumpra salientar que, por mais que a creche não seja uma etapa de matrícula obrigatória da criança, a demanda é alta, não conseguindo o Estado atender à grande parte das pessoas que solicitam uma vaga. O mesmo, em um grau menor, acontece com a pré-escola, que, por mais que seja de matrícula obrigatória, o Estado ainda não conseguiu alcançar o atendimento a toda demanda existente. Os textos normativos, amparando os direitos da criança, CRFB/88¹¹³ e a LDB/1996¹¹⁴, são categóricos ao prever esse direito à pré-escola como direito público subjetivo.

Com o intuito de amenizar o problema, no ano de 2014, entrou em vigor o Plano Nacional de Educação (PNE) 2014/2024, aprovado pela Lei nº 13.005 de 25 de junho de 2014,

educação infantil “o preparo da alfabetização próprio do Ensino Fundamental”: “Art. 23. A metodologia da Educação Infantil deverá utilizar-se de atividades lúdicas, em que o professor tem a função de propor desafios para o desenvolvimento socioafetivo, cognitivo, físico e psicomotor da criança e de estabelecer estratégias, possibilitando a construção de seus conhecimentos. Parágrafo único. **O ensino da Educação infantil deve priorizar o brincar e o brinquedo, e não o preparo da alfabetização próprio do Ensino Fundamental**”. (grifei) (MATO GROSSO, 2015).

¹¹³ “Art. 208. [...] § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. [...]”. (BRASIL, 1988).

¹¹⁴ “Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo. [...]”. (BRASIL, 1996).

que tem como Meta 1¹¹⁵ (prevista no anexo da mencionada Lei) o objetivo de atingir, até 2016, a universalização da pré-escola, ou seja, assegurar a todas as crianças o ingresso, a vaga em estabelecimentos de ensino, de modo a não ter crianças fora da escola nessa fase obrigatória, e ampliar a oferta em creches significativamente, com o intuito de que alcance, pelo menos, 50% das crianças com até três anos de idade, até o ano de 2024, ano esse em que se encerra a vigência desse PNE.

Ocorre que, de acordo com dados informados pelo *site*¹¹⁶ do Ministério da Educação, que noticia acerca da situação das metas estabelecidas pelo PNE, a Meta 1, que trata da educação infantil, está na seguinte situação (lembrando que já são dados consultados após 2016 – ano para atingir a meta estipulada para a oferta da pré-escola): a) sobre a pré-escola: o objetivo era conseguir atender 100%, até 2016, das crianças na faixa etária própria para cursar a pré-escola (4 e 5 anos de idade), porém, o se tem até agora é 81,4% de alcance; b) sobre a creche: a situação hoje é de atendimento à 23,2% do público, bastante distante ainda dos 50% de oferta que se pretende atingir até 2024.

Segundo a Ficha Técnica¹¹⁷ da Meta 1 do PNE, o cálculo utilizado para averiguação das porcentagens de atendimento ou falta dele na pré-escola e creche é o seguinte: multiplica-se por 100 o montante da população com idade própria para frequentar aquela determinada etapa do ensino (pré-escola (crianças de 4 e 5 anos de idade) e creche (crianças de 0 a 3 anos de idade)) que frequenta a escola e divide esse valor pela quantidade de crianças que possuem essa determinada faixa etária no país. É feito um cálculo desse para descobrir o acesso a cada etapa. A Ficha Técnica informa que a fonte dos dados utilizados para fazer o cálculo é do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), e que há a possibilidade de nesses dados informados incluir atendimento escolar informal (ou seja, por estabelecimentos irregulares, sem autorização para expedição de certificado para validação da etapa cursada, podendo ocorrer o ensino por profissionais não habilitados a ministrar aulas na educação infantil etc.). A Ficha ressalta que esses indicadores apenas apontam para a questão do acesso à educação, não relacionando outros fatores, como a qualidade do ensino ofertado, por exemplo.

¹¹⁵ “Meta 01 ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, cinquenta por cento das crianças de até três anos até o final da vigência desse PNE”. (BRASIL, 2014).

¹¹⁶ <http://simec.mec.gov.br/pde/grafico_pne.php>. Acesso em: 15 abr. 2019.

¹¹⁷ Disponível no site do Ministério da Educação. (BRASIL, 2019).

Cumpra dizer que no PNE anterior (2001/2010)¹¹⁸, no âmbito da educação infantil, a meta final era atingir, até o ano de 2010, a ampliação da oferta alcançando o atendimento a 50% das crianças na faixa etária para cursar a creche e 80% das crianças na faixa etária para cursar a pré-escola. Pelos resultados obtidos até a data deste estudo, pode-se observar que faz pouco tempo que o Brasil alcançou a meta estipulada para a pré-escola em 2001 para ser cumprida em 2010, e que a meta para a creche continua a mesma, desde 2001.

Recentemente, no ano de 2018, foi publicado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira o Relatório¹¹⁹ do 2º ciclo de Monitoramento das Metas do PNE, que analisa a situação de cada uma das metas. Sobre a Meta 1, o relatório apresenta gráficos que apontam dados desde 2004, em relação à educação infantil; destaca-se algumas das conclusões apontadas: o país progrediu no atendimento à educação infantil, analisando o período entre 2004 e 2016; apesar do progresso se faz necessária a promoção de políticas públicas que estimulem os municípios a atenderem, prioritariamente, em creches, as crianças mais necessitadas, pobres (“do grupo de renda mais baixa”); no ano de 2016, não houve o alcance da meta estipulada para a pré-escola, que era a sua universalização.

Assim, são muitos os obstáculos a serem enfrentados e superados pelo Brasil. Tal análise sobre a educação infantil permite dizer que o país ainda está “engatinhando”: busca-se conseguir ofertar essa etapa da educação a toda população da faixa etária, mas pouco ou quase nada se fala ou faz para avaliar a qualidade dessa educação infantil ofertada (o processo ensino-aprendizagem das crianças).

Não adentrando no cerne acerca da qualidade do ensino, mas somente quanto à oferta, um dos maiores problemas é, ainda hoje, a falta de vagas para as crianças em estabelecimento de educação infantil. Atrelado a esse fator, aparece em cena o Poder Judiciário brasileiro, que é bastante ativo no país, juntamente com o Ministério Público, de modo a exigir do Poder Executivo respostas e resultados na maioria das vezes que são procurados, gerando, em algumas situações, outro grande problema: a escola pública como um depósito de crianças, ignorando o fato de que, a cada sentença que obriga o poder público, a qualquer preço, matricular a criança gera custos e promove a desigualdade (tendo em vista que, geralmente, há nas escolas listas de espera por vagas – e a ação judicial, raríssimas vezes, respeita a “ordem de espera”).

¹¹⁸ BRASIL, 2001.

¹¹⁹ BRASIL, 2018, p. 18-31.

A falta de vagas se justifica por vários motivos, variando de município para município, sendo os principais deles: escassez de recursos, falta de autorização orçamentária, impossibilidade de retirada de recursos de uma área e investimento em outra. Afinal, a questão da vaga não é simplesmente alocar uma criança em sala de aula, há custos (instalações, cuidadores, refeições, materiais etc.). De acordo com o art. 2º da Portaria nº 946, de 29 de abril de 2019¹²⁰, o custo mínimo de um aluno, por ano, cursando a educação básica é de R\$ 3.238,76 (três mil e duzentos e trinta e oito reais e setenta e seis centavos).

Devido à alta demanda e falta de vagas, o que grande parte dos municípios têm feito é uma lista de espera, que conforme vagas vão aparecendo, novas crianças vão sendo chamadas e alocadas na instituição. Por esse motivo, por não haver a oferta imediata da vaga, muitas famílias recorrem ao poder judiciário, visando fazer valer seus direitos e garantir o acesso da criança à escola pública.

As decisões dos tribunais de primeira e segunda instâncias costumam ser variadas, mas a tendência é julgar procedente o pedido de vaga, assim como decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário (RE) nº 956.475 Rio de Janeiro.

No RE nº 956.475, é requerido, ao STF, o atendimento em creche municipal à criança Alice Aparecida Botelho da Conceição. Representada por sua mãe, Renata Aparecida dos Santos Botelho, Alice teria ficado na lista de espera de uma creche no município em que reside. Em primeira instância, a ação foi provida, entendendo o magistrado que o município deveria matricular a criança e não a deixar aguardando na lista. Porém, o município recorreu ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e a decisão foi contrária à primeira instância, sob a fundamentação de que Alice não poderia ser privilegiada em relação aos outros que estão na lista de espera pelo fato de não haver vagas. Assim, Renata recorreu ao STF, última instância, na qual obteve êxito. Os pontos usados como fundamento pela Corte para provimento do recurso foram: que o direito discutido está previsto na Constituição Federal; trata-se de um dever jurídico do poder público (município) garantir o acesso; que o poder judiciário possui um papel na implementação de políticas públicas; que é impossível a invocação da Reserva do Possível “na perspectiva da teoria dos custos dos direitos para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público”¹²¹.

¹²⁰ BRASIL, 2019.

¹²¹ BRASIL, 2016.

Pode-se notar que, conforme será detalhado mais profundamente no próximo capítulo, apesar de a CRFB/88 e a LDB/96 preceituarem ser direito público subjetivo somente o ensino obrigatório e gratuito – realidade normativa –, assim não compreendendo as creches, a realidade fatídica que se depara é a mencionada no julgado, que muitos julgam como ativismo judicial e desrespeito à divisão de poderes.

O judiciário brasileiro, como consta no texto de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal¹²², se acha no direito/dever não só de mandar o Poder Executivo cumprir com suas obrigações, mas também de estipular e instituir uma Política Pública e determinar seu cumprimento da maneira como arquitetou.

Quando o cenário é educação infantil e a realidade brasileira enfrentada por diversas famílias, observa-se também que o ativismo judicial mais penaliza a população do que promove justiça e igualdade. Isso porque, por mais precário que esteja o fornecimento dessa modalidade de ensino, há um planejamento e organização com os recursos disponíveis ao Poder Público, como é o caso das “listas de espera” por uma vaga, em que diversas famílias aguardam, por ordem de pleito. Ao ser dada uma decisão que manda efetivar a matrícula em uma vaga que não existe, não só ocorre uma “trapaça” com os demais, como também prejudica os que já estão inseridos, tendo em vista as lotações e poucos recursos. Outro ponto que ressalta a promoção da desigualdade¹²³ é que a maioria da população atendida na educação infantil, em estabelecimentos públicos de ensino, é baixa renda (vale ressaltar que o ensino público no Brasil não é garantido só àqueles com insuficiência de recursos, mas a todos, sem distinção); sendo assim, diante da situação enfrentada (salas superlotadas, alta demanda, falta de avaliação do ensino-aprendizagem, falta de vagas para atender a todos que procuram) e do comportamento Estatal (o qual não se atenta, ainda, para a qualidade do que está sendo fornecido, mas só para a quantidade), pode-se dizer que essas crianças, que em um futuro concorrerão a vagas no ensino superior e no mercado de trabalho, por exemplo, com aquelas que tiveram condições de cursar escolas melhores (com infraestrutura adequada, limite de alunos por sala respeitado, qualidade de ensino), pagas, não terão uma igualdade de oportunidades que o Estado tenta promover com a educação “defasada” que ele presta.

Além da falta de vagas e desse grande ativismo judicial, há diversos outros fatores que contribuem para com a precariedade do ensino público infantil: salas com alunos além do

¹²² Pode ser constatado nesse julgado e no ARE 639.337 que o entendimento da corte (STF), ainda que em casos excepcionais, é de que o Poder Judiciário possui poder para formular políticas públicas.

¹²³ Conforme dados do Relatório do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação – 2018 (BRASIL, 2018).

limite permitido, desconforto das crianças e educadores (grande número de estudantes dificulta tanto o aprendizado quanto o acompanhamento pelo professor), pais/responsáveis distantes tanto da vida escolar quanto da vida em si de seus filhos (acham que cumpre ao Estado não só dar ensino, mas a educá-los também), etc.

Infelizmente, a realidade brasileira com que se depara muitas escolas públicas que atendem educação infantil ao lidar com as famílias das crianças é que não visualizam a educação infantil como ensino, não visualizam o ambiente de atendimento como um local de aprendizagem, mas como uma mera assistência social, como um serviço prestado pelo Estado para a família e não para as crianças: deixam seus filhos, em um local gratuito fornecido pelo Estado, para poderem ir trabalhar; local onde a criança ganha refeições (e muitas dessas crianças só possuem como refeição a ofertada pelo poder público, por falta de recursos – famílias em risco social). São informações empíricas, vivenciadas todos os dias por trabalhadores da educação no Brasil e noticiadas diariamente pelos gestores¹²⁴.

Os percalços apontados demonstram um verdadeiro caos na educação brasileira: um Poder Judiciário legislando, promovendo políticas públicas, garantindo direitos a uns (àqueles que ingressam no judiciário a procura de vagas) e restringindo a outros (aos que têm a vaga, com superlotação da sala de aula, prejudicando o rendimento desses alunos); Poder Executivo alegando insuficiência de recursos e não dando conta da demanda ao ensino público; falta de avaliação do ensino-aprendizagem das crianças que cursam educação infantil pública; famílias desestruturadas, muitas delas sem recursos para as necessidades básicas da criança, como alimentação; etc. O questionamento que se busca resposta é o de como mudar essa situação, ou seja, qual caminho deve ser traçado para promover mudanças o quanto antes, pois os resultados obtidos até agora pelo poder público não têm sido muito promissores.

4. O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

¹²⁴ “[...] a oferta da alimentação escolar tem valor positivo para os alunos devido à existência de fome entre eles, conforme relatado pelos próprios alunos do estudo dos autores: ‘porque têm muitas crianças que vão para a escola com fome elas não têm nada pra comer em casa’; ‘muitas desmaiam de fome, porque eu quase desmaiei’; ‘quando a merenda acaba nós ficamos fracos porque tem dia que quase ninguém toma café para ir para escola’. Estes relatos são descritos por milhões de crianças brasileiras onde a merenda não é só a principal refeição do dia, mas a única - e ela só cobre 15% das necessidades diárias do aluno”. (SPINELLI E CANESQUI *apud* SANTOS E OLIVEIRA, 2011, p. 30).

A doutrina visualiza os Direitos Fundamentais por duas perspectivas, com conceitos não pacificados: a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva. A dimensão subjetiva, da forma entendida neste estudo, trata-se da faculdade que o indivíduo tem de “fazer valer” seu(s) direito(s), diante de uma ação ou omissão de alguém que tinha a obrigação de fazer algo, ou seja, devido ao descomprometimento/inexecução do dever legal que tem, por meio de uma ação judicial, podendo ser um dever negativo ou de proteção ou um dever positivo ou de prestação. Já a dimensão objetiva compreende as instruções (normas) a serem seguidas pelo Estado, determinando como deve atuar, podendo estabelecer: limites; objetivos; a quem visa alcançar; como determinada norma será cumprida etc.

Assim, o intuito de ambas dimensões, objetiva e subjetiva, em âmbito público, colocando de um lado o dever estatal e de outro os direitos da população, é atrelar os direitos fundamentais à importância/fundamentalidade da vida humana, resguardando à vida não a mera existência ou sobrevivência, mas sim, indo além, resguardando a dignidade, um viver dignamente. Daí a necessidade dessas duas dimensões a esses direitos.

Em outras palavras, é a partir do não cumprimento do que o direito objetivo determina que aparecerá o instituto do direito subjetivo. Nesse sentido, o direito subjetivo é o poder concedido a outrem de exigir o cumprimento do direito que a ele (outrem) foi resguardado. Trata-se de uma faculdade do indivíduo, ficando a sua escolha fazer com que cumpram o preceituado ou não na norma, se for essa sua vontade.

Aqui, nessa temática, os direitos sociais ganham maior destaque devido sua natureza prestacional (direitos positivos); exigem do Estado a feitura/promoção do que a ele (Estado) foi imputado e que, muitas das vezes, desempenha insatisfatoriamente suas funções. Nessas situações, quem exerce o seu direito público subjetivo figura no polo ativo e o Estado, que está sendo cobrado, no polo passivo, referente ao cumprimento de uma obrigação.

Cumprido salientar que a dimensão subjetiva, com ênfase no Direito Público Subjetivo, não se trata simplesmente de uma oposição estatal, de um combate ao absolutismo e às arbitrariedades do Estado, mas se trata também de reorganização/reestruturação social, por meio da proteção aos direitos fundamentais, possibilitando formas e disponibilizando aos indivíduos mecanismos e recursos para exigirem o que lhes são de direito.

Sobre o assunto diversas teorias surgiram, objetivando conceituar e explicar a natureza desse direito subjetivo, que sofreu modificações com o passar dos anos. Para que se possa compreender essa evolução, faz-se necessário estudar/observar a sociedade e seu comportamento, como se estrutura e se organiza.

De acordo com Niklas Luhmann¹²⁵, ao final do século XVIII, na Europa, a sociedade se estruturava e se distinguia em nobreza e povo, sendo a nobreza a parte rica da sociedade, com alto poder aquisitivo, e o povo as pessoas “comuns”, não pertencentes às elites, com baixo poder econômico; era uma sociedade marcada pela desigualdade, em todos os alcances dessa palavra (desigualdade econômica, social, patrimonial, de direitos, nas atividades laborais etc.). Se hoje a camada social a que um indivíduo pertence o abona ou prejudica de algumas maneiras no tratamento social, na época, esse tratamento desigual relacionado ao patamar ocupado socialmente era muito maior. Oportunidades nessa época estavam intimamente ligadas à posição social que se ocupava, pois esse *status* social é que era o fator determinante para regular se determinado indivíduo seria incluído ou marginalizado, se teria oportunidades/possibilidades boas (ascender profissionalmente, por exemplo) ou se seria excluído e tratado só como “mais um” no meio do povo. Práticas endogâmicas eram comuns, enraizando ainda mais a concepção de existência de uma camada social superior e outra inferior. Qualidades, diferenciais, presteza, saber/conhecimento, nenhum desses fatores eram observados e pouco importavam, o que determinava a qual camada social se pertencia era sua origem (ou seja, independente dos atributos de cada indivíduo, se não tivesse nascido na nobreza, à camada das pessoas comuns você pertenceria).

Sendo essas as circunstâncias e a estrutura social da época (fim do século XVIII), diante dessa enraizada concepção de camadas sociais como algo que fugia o olhar aos atributos do indivíduo e somente focava em sua origem, a ideia de existência de direito subjetivo ainda estava distante, tendo em vista que o sistema normativo (que à época não era visto como um sistema, propriamente dito, pois se tratavam de normas esparsas, com direitos e obrigações diferentes a cada camada social, não se falando em integração com normas estabelecidas para todos seguirem – como é a estruturação que se tem hoje os ordenamentos jurídicos; a própria norma segregava e fomentava ainda mais as desigualdades¹²⁶), de acordo com Carvalho Netto¹²⁷, englobava/compreendia todos os fatores que influenciavam a população, como a igreja (religião), os costumes e tradições, a moral da época e, finalmente, atrelando/amarrando tudo isso, o direito.

Com o passar dos anos, o entendimento do que seria direito foi mudando. A sociedade começou a diferenciar e a (tentar) desatrelar as diversas áreas que, em tempos

¹²⁵ LUHMANN, 1998, p. 182-186.

¹²⁶ CARVALHO NETTO, 1998, p. 238.

¹²⁷ CARVALHO NETTO, 1998, p. 237.

anteriores, estavam unidas – religião, tradições, moral, direito etc. E, com isso, inserir mais e aperfeiçoar conceitos e a noção de justiça às normas jurídicas.

No século XVII já havia pensadores formulando teorias acerca dessa evolução/mudança que eclodiria no século XIX, como Hugo Grócio, em sua obra “*De jure belli ac pacis*”¹²⁸. Grócio afirmava que direito é sinônimo de justiça, no direito não se deve contemplar outra coisa senão o que é justo; e, partir daí, o autor formulou/esboçou um outro conceito de direito, diga-se que prematuro de direito subjetivo, alegando que existiria um direito, derivado desse direito justo, que se referiria diretamente à pessoa (em sua individualidade), a sua moral¹²⁹. Veja que, em pleno século XVII, já começava a nascer uma visão intrínseca da norma (direito objetivo), que conduziria ao que se tem hoje como direito subjetivo (instituto oriundo do direito objetivo). Ainda nesse período, aperfeiçoando a linha de raciocínio de Grócio, aparece em cena Samuel Pufendorf. Segundo Pufendorf, o instituto do direito subjetivo era muito impreciso conceitualmente, e, em sua opinião, seria mais adequado tratar tal instituto como um atributo moral¹³⁰ adquirido de maneira correta/honesta e corretamente mantido¹³¹. Essa linha de pensamento reflete os anseios por mudança no meio social e nas relações sociais, uma “correção”/transformação nas condutas humanas da época, tendo como principal ferramenta a construção de um direito com base na justiça e o desenvolvimento da moral da coletividade.

Mas, conforme já apontado, apesar dos pensamentos desenvolvidos no século XVII, tentando alocar a moral no direito subjetivo (deslocando-a do direito objetivo – tentativa de desvencilhar do direito objetivo a moral), o que ocorrerá no século XVIII, no campo normativo, será o tratamento do direito subjetivo como uma cessão ou boa vontade do Estado para com a população e do direito objetivo como uma obrigação moral que deve ser cumprida.

As ideias de Immanuel Kant (século XVIII) vão marcar transformações na seara jurídica, assim como outros pensadores, até atingir Robert Alexy (séculos XX e XXI).

¹²⁸ GRÓCIO *apud* MAIA, 2007, p. 290.

¹²⁹ “Como concede Grotius, existe uma outra dimensão desse conceito de direito, uma noção de direito subjetivo: ‘é diferente desta significação de direito a outra – porém derivada desta – *que se refere à pessoa*: direito é a qualidade moral correspondente à pessoa, para possuir ou fazer algo de forma justa”. (GRÓCIO *apud* MAIA, 2007, p. 290).

¹³⁰ “A qualidade moral pela qual nós tanto comandamos pessoas ou possuímos coisas corretamente, como pela qual coisas são devidas a nós”. (PUFENDORF *apud* MAIA, 2007, p. 290).

¹³¹ “O termo ‘direito subjetivo’ todavia, deixa uma indicação adequada e clara que a *qualidade* foi *corretamente* adquirida e que é agora *corretamente* possuída”. (PUFENDORF *apud* MAIA, 2007, p. 290).

Para Kant, deveria haver uma harmonia entre as escolhas de cada indivíduo, de modo que cada um exercesse seu arbítrio sem colidir com a liberdade e os direitos do outro¹³², racionalizando assim o convívio social, de modo a instrumentalizar e coordenar, por meio do direito, as escolhas de cada indivíduo com os interesses e limites sociais, promovendo um equilíbrio e sensatez para a vida em sociedade e, principalmente, um respeito para com o próximo. O direito assume não só o caráter de obrigatoriedade como também se torna uma liberdade (o indivíduo é um ser racional livre para praticar suas ações racionais – liberdade aqui está intimamente ligada à moral, avaliação do que seria certo e errado); para ele o direito não se trata apenas do que foi positivado pelo legislador, seria uma soma entre o que está positivado e o que condiz com o direito natural (racionalidade humana)¹³³, de modo que deve imperar a dignidade da pessoa humana, não devendo nunca curvar essa dignidade às vontades (insensatas) do legislador. Seria essa diretriz racional/natural que deveria guiar o direito.

Pelo indivíduo possuir liberdade de escolha de suas ações, segundo Kant, isso significará que o indivíduo possui *autonomia de vontade*¹³⁴ (que não é bem uma autonomia, a palavra está mais relacionada a uma imposição), possuindo assim, consequentemente, a faculdade de estipular leis que ele mesmo deverá seguir (o indivíduo deixa de ser público/espectador e passa a ser personagem principal da sociedade a que pertence), sendo a razão determinante da vontade. O ser humano se diferenciaria de todo e qualquer ser vivo existente, pelo fato de sua racionalidade. Tudo segue uma lei e rege-se conforme ela, tanto seres racionais quanto irracionais; mas, somente seres racionais conseguem manifestar sua vontade; essa vontade, segundo esse pensador, seria colocar em prática a razão, ou seja, praticar as condutas/ações preceituadas nas leis¹³⁵. Assim, a única opção, é fazer o que é certo/legal/bom. A razão seria a escolha sensata e fundamental, não mero livre arbítrio (em que se pode escolher um caminho ou outro – fazer ou não fazer, cumprir ou descumprir).

A teoria acaba sendo paradoxal, devido traçar que: ao mesmo tempo em que o ser deve agir racionalmente, obedecendo o que a norma preceitua, ele deve ter um filtro de

¹³² “O Direito pois, segundo Kant, reduz-se a disciplinar as ações externas dos homens e a tornar possível a sua coexistência. Define-o assim: *O Direito é o conjunto das condições segundo as quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos restantes, de harmonia com uma lei universal de liberdade*”. (VECCHIO, 1979, p. 137).

¹³³ “O direito natural ou racional é, para Kant, o conjunto de leis jurídicas cuja obrigatoriedade pode ser estabelecida *a priori*; o Direito positivo ou estatuído, pelo contrário, é o que dimana da vontade de um legislador”. (SERRA, 1990, p. 367).

¹³⁴ KANT, 1995, p. 85.

¹³⁵ KANT, 1995, p. 47.

julgamento/análise se aquele mandamento do texto normativo não acarreta feridas/violação ao direito natural (que deve ser o guia de todo ordenamento); passando a ideia de que o ser deve obediência às leis, porém sem deixar de ser crítico no que diz respeito ao direito natural.

Assim, com a mudança de pensamento acerca do direito objetivo, isso se refletirá em uma ressignificação do direito subjetivo.

O direito para Kant é a “autonomia de vontade” do indivíduo, o qual deverá conciliar suas escolhas/ações (liberdade) com as escolhas/ações (liberdade) dos outros (limites) – relação de respeito que seria uma lei universal – e, dependendo da forma como é tratado, será público (relação entre indivíduo(s) e Estado – hierarquia) ou privado (relação entre indivíduos). Quanto ao direito subjetivo na teoria de Kant, segundo Norberto Bobbio¹³⁶, pode ser definido como essa conciliação de liberdades entre um indivíduo e o meio externo, sendo essa delimitação das ações (faculdades) – gerando mutualidade de respeito – o cerne do direito subjetivo nessa teoria.

No século XIX, Bernhard Windscheid conceitua direito subjetivo como concessão de “poder da vontade”¹³⁷, por meio da norma, disponibilizando, assim, ferramentas ao indivíduo para executar sua vontade. É possível perceber o pensamento de Kant permeando o desenvolvimento da teoria desse jurista.

Isso salienta que, com o passar dos anos, a teoria de Kant foi sendo reformulada por outros pensadores, aperfeiçoando-a de modo a ver a liberdade do indivíduo como uma liberdade de escolha, no sentido “livre” que a palavra tem; o sujeito sendo livre para fazer suas escolhas, agir conforme o seu querer; o direito passa a ser pertencente a sujeitos livres. Assim, o direito subjetivo vai atingindo formas e contato junto ao direito objetivo, de maneira a fazer parte de sua essência, de modo a ser inerente a ele, a estarem essencialmente ligados, fundindo-se, passando a ideia de inseparabilidade.

Outro autor que vai elaborar uma teoria de direito subjetivo (resultante da mescla de teorias já existente à época) será o jurista Georg Jellinek. Aqui, o direito subjetivo é protegido pela norma e se trata da vontade (querer) do indivíduo que só poderá realizá-la se for para atingir o objetivo traçado pela norma, ou seja, a finalidade que ela visa alcançar. Assim, na teoria de Jellinek, a vontade está atrelada à finalidade¹³⁸; o Estado reconhece o indivíduo como

¹³⁶ BOBBIO, 1997, p. 96.

¹³⁷ WINDSCHEID *apud* MAIA, 2007, p. 297.

¹³⁸ Georg Jellinek definiu Direito Público Subjetivo como: “o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse”. (JELLINEK *apud* DUARTE, 2004, p. 113).

seu membro, possuidor de direitos, e concede/possibilita a ele (indivíduo) pôr em prática sua vontade, nos limites e parâmetros estabelecidos pelo ordenamento (direito objetivo).

O fator lógico comum às teorias é: se a sociedade muda, o direito também muda, se atualiza, modifica, avança, evolui. O comportamento e organização da sociedade ao final do século XVIII mudou com o passar dos séculos, não permeou aquela diferenciação que era feita a indivíduos no meio social de acordo com sua origem, relativa a camada social ocupada; de acordo com Luhmann¹³⁹, o que passa a distinguir as pessoas não é mais a camada social em que se originaram, mas sim a função desempenhada no meio social, diminuindo bastante a desigualdade gerada pelo sistema anterior. Com isso, mudanças na seara jurídica ocorreram.

Agora na modernidade, o direito será, mais uma vez, reformulado, tanto o objetivo quanto o subjetivo; o direito subjetivo aparecerá como uma maneira de compensar/indenizar/ressarcir os que passaram por mudanças nessa nova estruturação social em relação ao antigo sistema, é um meio de promover a integração/inclusão de todos. O direito passa a ser imputado ao sujeito em si, em sua individualidade, universalmente, independente de suas origens, e não mais às camadas sociais (grupos) de forma distinta (uma norma diferente para cada estrato)¹⁴⁰. Essa ruptura se dá, especificamente com o direito positivo, o qual conseguirá atender aos anseios e necessidades que a complexidade social trouxe, porém, sendo “uma faca de dois gumes” pois o que é legal em um dia, pode ser ilegal em outro, vice-versa, exemplo claro foi o que ocorreu na Alemanha com as Leis de Nuremberg de 1935, uma “consolidação do nazismo”.

Márcio Iorio Aranha¹⁴¹ faz um importante apontamento e apanhado geral do surgimento do direito subjetivo até a modernidade. Salienta que quando do surgimento do direito subjetivo muita coisa mudou, a sociedade deixou de ser mero aglomerado de indivíduos para se tornar uma organização social, ou seja, os direitos que antes eram fornecidos ao povo pela boa vontade/misericórdia do soberano, passaram a fazer parte da natureza do indivíduo, no sentido de ser impossível desvincular a natureza/essência do ser humano em si. Assim, marcando o início de um constitucionalismo social, o direito subjetivo era a essência do ser humano, tornando praticamente impossível ao Estado a renúncia a esse direito.

¹³⁹ LUHMANN, 1999, p. 189.

¹⁴⁰ Segundo Paulo Sávio Peixoto Maia, o contributo do direito subjetivo “foi poder garantir *situações jurídicas* para os particulares sem ser necessária uma mobilização de todo o feixe de direito e deveres (ou: privilégios, *privus* particular; *legis*, lei) imanentes à ordem da qual um indivíduo era pertencente: sua referência, seu ponto de imputação, é o sujeito autônomo, não um estrato”. (MAIA, 2007, p. 299).

¹⁴¹ ARANHA, 2000, p. 90.

Grande destaque ganha Robert Alexy, jurista renomado, com obras de bastante destaque na área dos direitos fundamentais, fazendo história e enriquecendo o mundo jurídico desde o século XX até os dias de hoje. Assim como Miguel Reale.

Miguel Reale, grande jurista brasileiro que viveu entre 1910 e 2006, entendia que a existência do direito subjetivo ocorre quando uma determinada “situação subjetiva” acarretar a “possibilidade de uma pretensão”¹⁴², sendo possível exigir uma prestação ou ação a quem tinha o dever de prestado ou agido. Para Reale, a pretensão é o grande cerne do conceito desse instituto, sendo ela a conexão entre a norma e o caso concreto (o fato), ou seja, o intermeio do desejo e da garantia normativa. Assim, o direito público subjetivo seria aquele em que o indivíduo, diante de uma situação subjetiva, tem a possibilidade de uma pretensão, tornando possível a exigência a determinado direito que competia ao Estado prestar/fornecer/agir. O autor enfatiza que discutir o direito público subjetivo é refletir sobre o valor do ser humano no e perante o Estado¹⁴³.

Robert Alexy também muito se preocupou com a temática, dedicando um capítulo inteiro a ela em sua obra: “Teoria dos Direitos Fundamentais”. O autor é categórico ao afirmar que ainda hoje não há um consenso doutrinário acerca do conceito de direito subjetivo¹⁴⁴ (o que se pode constatar diante de algumas teorias de alguns pensadores trazidos neste trabalho em meio a vastidão existente que discute o assunto). Ressalta o posicionamento de Hans Kelsen¹⁴⁵ que, em 1911, dizia que ao invés do direito subjetivo fornecer respostas, na verdade proporcionava aos juristas mais questionamentos, devido à falta de clareza em seu conceito¹⁴⁶.

Alexy disciplina que é de suma importância saber quando uma norma certifica/concede direito subjetivo; salienta que o grande problema ocorre quando a norma não estipula¹⁴⁷, deixa em aberto se será conferido direito subjetivo ao indivíduo que se deparar com

¹⁴² REALE, 2001, p. 244.

¹⁴³ REALE, 2001, p. 254.

¹⁴⁴ ALEXY, 2015, p. 180.

¹⁴⁵ O jurista Hans Kelsen (século XX), autor da obra “Teoria Pura do Direito”, defendia que a validade do direito se dá exclusivamente pelo fato de estar positivado, expresso, independentemente de qual seja o comando disposto. Kelsen não defendia a existência de um direito subjetivo como um instituto, para ele era mera expressão utilizada para se referir a um poder que é concedido pela norma: “poder jurídico ou competência conferida pela ordem jurídica a um indivíduo para participar na produção do Direito servir para fazer valer um dever jurídico existente em face do mesmo ou de um outro indivíduo”. (KELSEN, 1998, p. 98).

¹⁴⁶ KELSEN *apud* ALEXY, 2015, p. 180.

¹⁴⁷ ALEXY, 2015, p. 182.

o descumprimento/inadimplemento de determinado direito que era obrigação de prestação, por exemplo, do Estado.

No caso aqui em estudo, o direito fundamental social à educação, em específico à educação infantil, o texto Constitucional (CRFB/88)¹⁴⁸ é categórico ao afirmar que somente é direito público subjetivo o ensino obrigatório e gratuito, ou seja, apenas parte da educação infantil, a que diz respeito à pré-escola, que atende crianças de 4 e 5 anos de idade. Em complemento ao texto Constitucional, LDB/96 reafirma, em seu art. 5º, o direito à educação como direito público subjetivo¹⁴⁹.

Porém, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro fazer tal previsão expressa, o que ocorre na prática é bem diferente. O Poder Judiciário abrange, por meio de uma interpretação ampla, não apenas a pré-escola como direito público subjetivo, mas também a creche, como se pode constatar por meio de análise da decisão do STF do RE 956.475¹⁵⁰.

O que se pode observar sobre a decisão do RE 956.475¹⁵¹ é que o entendimento foi no sentido de que a creche é direito objetivo da criança e subjetivo também, devendo o judiciário assegurar esse direito, garantindo o acesso quando provocado, com respaldo no art. 208, inciso IV, da CRFB/88 (ao § 1º do art. 208 não foi feita menção – o direito público subjetivo foi tratado de maneira ampla, envolvendo o direito à educação como um todo).

Retomando a teoria, conforme a própria CRFB/88 estipula, não sendo prestado pelo Estado o serviço a ele incumbido, o direito à educação infantil (na prática (jurisprudência): creche e pré-escola), terá o indivíduo afetado a faculdade de exigir judicialmente o cumprimento dessa obrigação (devendo o Estado ofertar o ensino). Nesse sentido, sobre a dimensão subjetiva, Jorge Reis Novais¹⁵² traz discussões e análises de bastante relevância para a temática dos direitos sociais. Pelo fato de os direitos subjetivos se tratarem de uma faculdade

¹⁴⁸ “Art. 208. [...] § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. [...]”. (BRASIL, 1998).

¹⁴⁹ “Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo. [...]”. (BRASIL, 1996).

¹⁵⁰ A decisão e o posicionamento tomado pelo STF demonstram que suas atitudes são no sentido de “impor sua concepção acerca de uma legislação correta, razoável e justa no lugar da concepção do legislador, o que implicaria um ‘deslocamento de competências sistematicamente inconstitucional em favor do Judiciário e às custas do legislador’”. (ALEXY, 2015, p. 411-412). Assim, práticas como essa ressaltam o ativismo judicial, ou seja, a extrapolação de sua competência e ingresso na competência do Poder Legislativo, como aparenta ser o caso.

¹⁵¹ BRASIL, 2016.

¹⁵² NOVAIS, 2010, p. 47.

da pessoa que não tem a prestação de determinado direito, é grande a possibilidade de que somente ocorrerá o acesso a esse direito a quem acionar o Poder Judiciário requerendo-o. Ou seja, um direito que é (ou deveria ser) coletivo (e aqui se adentra a uma discussão doutrinária se os direitos sociais são direitos de todos ou só de alguns), que a norma vislumbra atender a todos, passa a ser o direito de apenas alguns (daqueles que requererem via judicial), o que Jorge Reis Novais chama de “titularização individualizada”.

Contudo, retomando a previsão constitucional brasileira da educação como direito público subjetivo, sobre o fato de o legislador originário contemplar expressamente esse instituto pode-se dizer que, ao interpretar essa norma, pelo menos duas conclusões são possíveis se tirar: a) é um direito muito importante que não se pode correr o risco de não ser ofertado; b) é um direito muito importante e que, provavelmente, o Estado não cumprirá com a tarefa que lhe foi designada, devendo o Poder Constituinte Originário munir o cidadão com instrumentos (norma expressa que lhe garanta segurança jurídica) que lhe permitam/possibilitem o alcance a esse direito.

Em suma, o Direito Público Subjetivo à Educação Infantil, educação essa que se trata de um direito objetivo de natureza prestacional, no Brasil, que envolve tanto a creche quanto a pré-escola, trata-se de um direito que pode ser materializado pela vontade do indivíduo em aplicar o ordenamento jurídico em interesse particular, quando houver descumprimento Estatal da obrigação que lhe compete. Ou seja, é aquele que é exigível, nos parâmetros estabelecidos pela legislação, por meio do Poder Público, normalmente pelas vias administrativas e judiciais¹⁵³, contra o Estado, para garantir determinado direito que lhe é de direito, desde que haja omissão do poder público para com sua responsabilidade.

Sendo assim, deve o Estado implementar políticas públicas que garantam o acesso da sociedade à educação. Porém, caso o Estado não faça, terá o cidadão a faculdade de exigir, perante o Poder Público, atitude e responsabilidade da entidade estatal responsável por oferecer aquele ensino – que, no caso da educação infantil, é função prioritária e competente ao município¹⁵⁴.

¹⁵³ Nas palavras de Clarice Seixas Duarte: “[...] o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo)”. (DUARTE, 2004, p. 113).

¹⁵⁴ Os Municípios são responsáveis pela oferta da educação infantil, como prevê o § 2º, do artigo 211 da Constituição: “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. [...] § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. [...]”. (BRASIL, 1988).

Finalizando, faz-se importante destacar que o direito público subjetivo no Brasil se tornou uma grande ferramenta jurídica para controlar e fiscalizar a ação estatal, permitindo ao indivíduo ir atrás do que lhe é de direito e obrigando o Estado a lhe fornecer o que lhe é devido por lei. Pode-se dizer que esse instituto limita o Poder Executivo, colocando em evidência que o Estado não possui mais aquele poder absoluto, devendo agir em prol e pelo povo. Demonstra que o interesse individual, resguardado por um direito, também é digno de proteção jurídica.

5. O MÍNIMO EXISTENCIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL

São recentes os relatos acerca de discussões sobre Mínimo Existencial. De acordo com Flávio Martins Alves Nunes Júnior¹⁵⁵, um dos primeiros relatos abordando a temática ocorreu em 1954, na doutrina do Alemão Otto Bachof, em seu texto “Conceito e Essência dos Estados Sociais de Direito” (tradução do alemão “*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*”), em que Bachof analisava a Constituição alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) – a qual não contemplava, expressamente, um rol direitos sociais como se tem no Brasil na CRFB/88.

Para Otto Bachof, o princípio do bem-estar social abrange todos os direitos fundamentais da Constituição, vinculando a interpretação de cada direito fundamental ao princípio do bem-estar social. Esse princípio vai envolver a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e “um nível mínimo de segurança social”¹⁵⁶.

Contudo, de acordo com Fernando Aurelio Zilveti¹⁵⁷, inquietudes com o mínimo existencial já começavam a aparecer, embora rudimentarmente, após 1799 (pós Revolução Francesa), ficando essas discussões sobrestadas até meados do século XIX, quando ressurgiriam em busca de uma orientação/método que possibilitasse reduzir as desigualdades do meio social da época. Zilveti salienta também que nesse período (meados do século XIX), na Alemanha, ficou estipulado que deveria o Estado auxiliar social e economicamente àqueles que não tivessem recursos para viver dignamente, um mínimo para se alcançar, pelo menos, a dignidade da pessoa humana.

A partir daí, o instituto do mínimo existencial começou a se propagar, sendo observado não mais só pela Alemanha, mas também por diversos outros países (como é o caso

¹⁵⁵ NUNES JÚNIOR, 2019, p. 963.

¹⁵⁶ BACHOF *apud* NUNES JÚNIOR, 2019, p. 963.

¹⁵⁷ ZILVETI, 2004, p. 205.

de Liechtenstein, que previu em sua Constituição, expressamente, o mínimo existencial (na parte em que trata sobre o sistema tributário), conforme cita Zilveti¹⁵⁸) no decorrer do século XX.

Na década de 1950, na Alemanha, além do texto de Bachof (1954), o Tribunal Federal Administrativo alemão (*Bundesverwaltungsgericht*), decisão *BVerwGE 1, 159* em que entendeu ser o Estado competente por assegurar o que reconheceram como mínimo existencial. Tendo em vista que a Constituição Alemã não possuía um rol expresso de direitos fundamentais sociais, o Tribunal reconheceu a existência desse instituto do mínimo existencial, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, como um direito público subjetivo¹⁵⁹ às pessoas com pouco ou quase nada de recursos financeiros/materiais (promovendo uma igualdade fática¹⁶⁰ – alguns grupos recebem um tratamento desigual para que se tenha igualdade no meio social, pelo menos sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana), instituto esse que deveria ser prestado pelo Estado.

De acordo com NUNES JÚNIOR, anos depois da decisão do Tribunal Federal Administrativo alemão, foi legislado, infraconstitucionalmente, sobre direito de prestação social, no art. 4º, inciso I, da “Lei Federal sobre Assistência Social”¹⁶¹. E, após a legislação, em 1975, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfGE*) identificou como obrigação de um Estado Social a assistência aos desamparados (aqueles que vivem em condições precárias – material, física e psicologicamente – comprometendo sua subsistência), no julgado *BVerfGE 40, 121*, devendo o Poder Público assegurar a esses necessitados um mínimo de recursos, de modo a proporcionar a eles uma vida digna e promover uma integração deles no meio social¹⁶²; resumidamente, o Tribunal Constitucional reconheceu a existência de mínimo existencial como direito fundamental para se atingir uma vida digna.

Essas jurisprudências alemãs demonstram a consolidação do princípio do mínimo existencial na Alemanha, conceito e instituto que se difundirão, influenciando interpretações nesse sentido pelo mundo todo, tanto em âmbito jurisprudencial, quanto normativo e administrativo (envolvendo gestão, formulação de políticas públicas etc.), tornando-se

¹⁵⁸ ZILVETI, 2004, p. 206.

¹⁵⁹ A doutrina majoritária alemã, como sinaliza Jorge Reis Novais, contempla que “só existiria verdadeiro direito subjectivo originário a prestação relativamente à exigência do mínimo social”. (NOVAIS, 2010, p. 80).

¹⁶⁰ ALEXY, 2015, p. 417.

¹⁶¹ NUNES JÚNIOR, 2019, p. 964.

¹⁶² SARLET, 2006, p. 565.

impossível de desvinculá-lo da formação/construção de um Estado Democrático de Direito (grande símbolo da vontade do povo).

Como já foi constatado, o princípio da dignidade da pessoa humana é o grande âmago do mínimo existencial, será nele seu fundamento/justificativa por existir. A dignidade da pessoa humana é o grande alicerce da aplicação do mínimo existencial, casos em que essa dignidade seja violada, a interferência do Estado se fará imprescindível para que seja garantida a aplicação, pelo menos, do mínimo existencial.

A dignidade da pessoa humana, base da CRFB/88 e das relações internacionais que tentam formular uma ética universal, nunca foi tão resguardada pelo Estado como é nos dias de hoje. O holocausto na Alemanha e outras atrocidade que aconteceram pelo mundo, “abriram os olhos” do mundo para se unirem em proteção aos direitos humanos e, é claro, à dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que direitos humanos (nomenclatura para se referir aos direitos naturais em âmbito internacional) e direitos fundamentais (nomenclatura utilizada também para se referir aos direitos naturais, só que em âmbito nacional) visam a proteção ao ser humano e aos seus direitos básicos, a sua dignidade. A toda pessoa, brasileira ou não, é assegurada um mínimo de dignidade no Brasil, devendo o Estado garantir sua efetividade promovendo e protegendo os direitos fundamentais previstos na Constituição (CRFB/88).

Visando uma maior proteção aos direitos naturais, diariamente Pactos e Tratados Internacionais são firmados entre diversos países, na esperança de garantir ao maior número de pessoas possíveis uma qualidade de vida (dignidade), usando, muita das vezes, como “ferramenta de pressão” (forma de pressionar a adoção das medidas estipuladas nesses acordos internacionais), para que países firmem o acordo, o próprio fenômeno da globalização, principalmente na esfera econômica, com a integração de mercados, por exemplo, caso haja ratificação.

O direito a um mínimo existencial, grosso modo, trata-se de um dever estatal de prover uma existência/vida digna àqueles que se encontram em situação de extrema pobreza, marginalizados da sociedade, sem condições materiais e/ou físicas e/ou psíquicas para sua própria subsistência. Ganham destaque nessa temática os direitos fundamentais sociais e econômicos.

Analisando as gerações/dimensões dos direitos fundamentais é possível notar, com clareza, a evolução do pensamento e o tratamento e proteção dados a esses direitos. Primeiramente, os direitos de primeira geração se caracterizavam pelos anseios sociais em liberdade, sendo esse princípio vislumbrado como essencial para garantir uma vida digna, caracterizando os direitos individuais, tendo o Estado a função principal de não fazer/agir. Só

que, com o passar dos anos, esse pensamento não se sustentava mais, tornando-se insuficiente em torno das complexidades e dificuldades sociais enfrentadas, ou seja, antes a preocupação principal era apenas com as arbitrariedades estatais, agora, com o Estado “controlado”, as problemáticas mudaram ou deixaram de ser apenas essa. Afinal, ter liberdade e direitos assegurados, porém não ter um mínimo de recursos financeiros para exercê-los, não faz muito sentido, é mera ilusão uma Constituição expressa que não retrata a realidade (prevê direitos, mas não prevê meios para provê-los), como defendia Ferdinand Lassale¹⁶³.

Assim, visando atualizar/reformular a concepção de uma vida digna, o início do século XX vai ser marcado pelo surgimento dos direitos de segunda geração/dimensão, de modo a introduzir no ordenamento jurídico direitos com viabilidade de serem exercidos e providos (formulação de uma justiça distributiva de recursos) para que todos possuam, pelo menos, um mínimo de dignidade. Essa segunda geração/dimensão de direitos é caracterizada pelo surgimento e destaque dos direitos sociais, passando o Estado a ter o dever principal de fazer/agir (prestações positivas).

Apesar da evolução dos direitos e a grande conquista em positivá-los no texto constitucional, o que se vai constatar é que só isso não bastará para implementá-los, serão necessárias ações, movimentação para que se efetive o cumprimento do dispositivo legal, além de planejamento, por parte do Estado (Poder Público), de estratégias de superação das dificuldades fáticas que a sociedade enfrenta. Com os direitos sociais em cena, discussões e estudos se tornarão mais frequentes sobre o dispêndio com esses direitos (reserva do possível) e sobre a extensão/abrangência dos enunciados normativos que preveem esses direitos, principalmente quando aparecem em forma de princípios ou, conforme José Afonso da Silva, normas programáticas, necessitando de constantes/reiteradas políticas públicas que definam como esses direitos serão ofertados/fornecidos à população (colidindo com a realidade quando se depara com um Estado omissivo e inerte – o qual gera muitos transtornos e revolta à sociedade que tem direitos, mas não os têm prestados ou têm sua prestação sem uma qualidade mínima, como quando se consegue atendimento em um hospital público e as instalações não possuem medicamentos ou utensílios ou até mesmo profissionais para que se tenha a efetividade na prestação).

¹⁶³ Para Lassale, uma Constituição escrita só é boa e duradoura quando “corresponde à Constituição real, a qual tem suas raízes nos fatores de poder que regem o país. Onde a Constituição escrita não corresponde à real, estoura inevitavelmente um conflito que não há maneira de evitar e no qual, passado algum tempo, mais cedo ou mais tarde, a Constituição escrita, a folha de papel, terá necessariamente de sucumbir perante o empuxo da Constituição real, das verdadeiras forças vigentes no país”. (LASSALE, 2001, p. 63).

Buscando solucionar problemas dessa imprecisão normativa e das problemáticas a ela relacionadas, diversas teorias serão formuladas acerca do famoso “mínimo existencial, tentando definir sua abrangência e até mesmo os direitos contemplados por esse instituto, talvez no sentido de tentar se formar um rol para garantir segurança e estabilidade jurídica ao ordenamento e, automaticamente, àqueles que mais necessitam da proteção social do Estado. Neste estudo, será dada ênfase ao mínimo existencial à luz do pensamento do filósofo político John Rawls (1921-2002) e do jurista Robert Alexy.

John Rawls, em sua obra “Uma Teoria da Justiça”, formulou sua teoria da justiça com base principal em torno da igualdade e da imparcialidade, com o fim de sugerir uma forma para que seja possível se ter uma ordem social fundada nesses parâmetros delineados (igualdade e imparcialidade). Para isso, Rawls partirá sua teoria de duas prévias premissas: (i) essência humana (natureza do ser humano) – o homem é egoísta/egocêntrico e liberal, ou seja, um ser pensante/racional que possui suas próprias convicções/julgamentos acerca do meio social, bem e mal, justiça e injustiça, e de si mesmo, os projetos pessoais que deseja concretizar; (ii) contrato social¹⁶⁴ – firmado com o objetivo de se atingir justiça/igualdade na distribuição de recursos.

O contrato social, na visão de Rawls, para que seja justo e coerente, deveria ser formulado a partir de uma situação fictícia em que as pessoas não soubessem a posição/*status* social que ocupariam na sociedade que estava sendo reorganizada, muito menos as ambições e projetos pessoais que teriam. Tudo isso por meio do que Rawls denominou como “véu da ignorância”, sendo esse véu a solução vislumbrada pelo pensador como um meio de promover justiça e não mais desigualdades, fazendo com que as pessoas se colocassem no lugar do outro e não tentassem promover só aquilo que as beneficiariam, mas sim uma justiça distributiva e um funcionamento social coerentes. Dessa maneira, seria promissora e viável a seguridade à dignidade da pessoa humana, tendo afastadas da sociedade¹⁶⁵ práticas egoísticas e buscando atingir, maximamente, o bem-estar social.

Assim, sendo a teoria seguida e respeitada conforme idealizada, o resultado, independente de qual for (devido a diversidade de pensamentos cada pessoa, cada qual com sua noção de justiça e dignidade – falta de consenso entre as pessoas), será coeso e justo (ou, pelo menos, não injusto) para aquela comunidade.

¹⁶⁴ Já antecipando e esclarecendo, à luz da obra de Miguel Nogueira de Brito, que: “as partes na posição original estariam dotadas de uma teoria tênue do bem”. (BRITO, 2009, p. 43).

¹⁶⁵ De acordo com Rawls: “uma sociedade é uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas em que suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias”. (RAWLS, 2000b, p. 4).

Fica evidente que a maior atenção desse pensador não é com foco nos recursos para que se coloque em prática o contrato social firmado, ponto que será alvo de muitas críticas doutrinárias. Contudo, pensando nos recursos, Rawls delineará que todas as pessoas, antes da vigência desse novo contrato social, terão o mesmo ponto de partida (igualdade), ou seja, todos terão condições recursais (financeiras e materiais) mínimas, de modo a deixar com mais equidade essa nova organização social. Se esse ponto de partida em comum for ignorado, a teoria perderá sua lógica. O ponto de partida em comum para dar início a prática da teoria é pressuposto de validade dela. Rawls visualiza a possibilidade de desigualdades econômicas e sociais entre as pessoas, afinal, cada uma delas possui liberdade de escolha (com oportunidades, inclusive laborais, disponíveis a todos), não podendo o Estado se intrometer; porém, todas começarão do mesmo ponto no intuito de se atingir o ápice possível da equidade daquele meio social. Essa teoria da justiça, proporcionando a todos um mínimo de condições iniciais – gerando oportunidades e liberdade de escolhas –, receberá o nome de mínimo existencial.

Questionamento que surge é se esse mínimo seria algo correspondente à existência no sentido de sobrevivência fisiológica, vida digna, ou se seria no sentido sociocultural, de modo a não somente prover recursos materiais como também a promover a inclusão na vida social de pessoas marginalizadas; o que Jorge Reis Novais¹⁶⁶ intitula por mínimo vital e mínimo existencial. Desse modo, como defende Nunes Júnior¹⁶⁷, não se pode confundir mínimo vital com mínimo existencial, pois caso fosse defendido o mínimo existencial como mero mínimo vital (mera sobrevivência do ser humano), significaria uma redução do “mínimo existencial ao direito à vida”. Esse é posicionamento é o sustentado por John Rawls, que defende que as pessoas necessitam de condições mínimas para se desenvolverem com dignidade, ou seja, um “mínimo social que supra as necessidades básicas dos cidadãos”¹⁶⁸. No mesmo sentido defende Ingo Wolfgang Sarlet, ao dizer que esse mínimo vai além de “um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana, correspondendo, na verdade a uma vida com dignidade, no sentido de vida saudável”¹⁶⁹. Em outras palavras, para Sarlet, o mínimo existencial não se trata apenas de um mínimo para sobrevivência, mas de algo que proporcione a dignidade do ser.

¹⁶⁶ NOVAIS, 2010, p. 195.

¹⁶⁷ NUNES JÚNIOR, 2019, p. 973.

¹⁶⁸ RAWLS, 2011, p. 67.

¹⁶⁹ SARLET, 2002, p. 93.

Já o mínimo existencial visualizado por Robert Alexy é um pouco diferente, tendo em vista que seu objetivo é a formulação de uma teoria dos direitos fundamentais na seara jurídica, enquanto Rawls tratava de uma reformulação da organização social a partir da elaboração de uma teoria em um campo hipotético/abstrato na área filosófica da política e do direito.

Ao analisar e distinguir as normas jurídicas constitucionais em regras e princípios (já comentadas em capítulos anteriores), Alexy vai estipular que os princípios, diferentemente das regras, tratam-se mandamentos de otimização¹⁷⁰, ou seja, de uma determinação para que aquele direito seja feito na maior medida do possível; os princípios são amplos/abrangentes e devem ser aplicados de acordo com as condições fáticas e jurídicas do momento, podendo, assim, esses fatores limitarem o seu alcance.

Essa limitação pode-se referir à exceção de alguma regra ou ao conflito/colisão entre princípios, no momento em que princípios opostos tentam se ampliar, devendo um deles ceder¹⁷¹, o que não significará o desaparecimento desse princípio (cedido) do ordenamento jurídico, ou seja, ele não será invalidado, apenas significará que diante da análise daquele determinado caso concreto o peso daquele princípio foi declarado menor quando comparado com o outro, devendo o princípio com maior peso se sobressair naquela determinada situação fática analisada. Havendo colisão entre princípios, Alexy propõe o sopesamento¹⁷² de princípios, sendo nesse ponto que se centrará a formulação de sua ideia acerca de mínimo existencial.

Quando princípios conflitam entre si (colisão), uma análise racional e fundamentada deve ser feita, de modo a avaliar qual deles terá maior relevância diante da situação fática enfrentada, devendo ser analisada todas as consequências dessa atribuição de valor (escolha feita) de modo que produza um número mínimo de danos ao princípio de menor valor (não escolhido). Ou seja, deve-se buscar um ponto de equilíbrio. A observância aos

¹⁷⁰ “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. (ALEXY, 2015, p. 90).

¹⁷¹ “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder”. (ALEXY, 2015, p. 93).

¹⁷² “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”. (ALEXY, 2015, p. 95).

princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se fazem imprescindíveis para a realização da análise.

Assim, pode-se dizer, que naquele caso em específico, onde se fez o sopesamento de princípios, aquele princípio que prevaleceu terá a estipulação de sua abrangência e será determinado os limites e requisitos a serem obedecidos no caso em questão. Isso demonstra que, a partir do sopesamento de princípios, um mínimo existencial será delineado, desde que observados e respeitados: “o princípio da liberdade fática”; “o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento)”; “os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem)”¹⁷³.

Para Alexy, a essência do mínimo existencial é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana, exercendo os princípios mencionados no parágrafo anterior um certo freio, uma limitação na amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana (que mesmo assim deverá preponderar sobre os demais), assim como o princípio da dignidade da pessoa humana (preponderante) exercerá sobre eles.

O mínimo existencial para esse autor será o núcleo intangível do princípio da dignidade da pessoa humana, que, no Brasil, a doutrina majoritária¹⁷⁴ defende que só é possível constatar o esse núcleo por meio da análise do caso concreto (teoria relativa), não sendo a opção mais adequada/eficaz se debruçar sobre a norma, analisá-la abstratamente e extrair seu núcleo (teoria absoluta). Assim, como todo direito fundamental, o princípio da dignidade da pessoa humana, possui um cerne irreduzível, que não pode ser violado por nenhum sopesamento, por nenhum outro princípio¹⁷⁵.

O que se observa sobre o mínimo existencial é que, independentemente da teoria que o formule para aplicá-lo e defendê-lo, trata-se de um conteúdo de alta complexidade e que as exigências de sua composição e o estabelecimento de seus limites variam de acordo com o

¹⁷³ ALEXY, 2015, p. 512.

¹⁷⁴ Como sinaliza NUNES JÚNIOR, 2019, p. 682.

¹⁷⁵ Segundo Solange Almeida Holanda Silveira, a fundamentalidade dos direitos sociais para todo e qualquer indivíduo é tão grande, tão essencial, que, em sua opinião, esses direitos não podem receber um atendimento em grau mínimo, devendo serem fornecidos à população em sua plenitude: “[...] entendemos os direitos sociais como aqueles cujo atendimento estatal não pode reservar a si a prerrogativa de atendimento mínimo. Ao contrário, os direitos sociais afiguram-se como componentes essenciais à vida humana em plenitude, devendo restar afastada a assertiva de fornecimento em grau mínimo”. (SILVEIRA, 2016, p. 115).

caso, as necessidades, a situação financeira, ou seja, muda de pessoa para pessoa, de situação para situação, de uma autor para o outro e de uma teoria para outra.

Em Rawls, a justiça, sob seu ponto de vista, norteará a estrutura social base, a qual está intimamente ligada aos bens primários que os indivíduos precisam ter para que haja equidade e equilíbrio social, de modo que seja possível a cada um a viabilidade de realização de seus projetos de vida. O intuito é maximizar direitos e auxílios àqueles que mais precisam, que vivem em situação de escassez de recursos (déficit de bens primários); para isso, será viável uma justiça distributiva, de modo que ajude mais quem mais necessita, ou seja, para se promover justiça será necessária uma distribuição desigual, conforme a particularidade e o cuidado que cada caso requer.

Tendo em vista a polêmica que poderia ser gerada, afinal, cada pessoa possui opiniões, verdades, necessidades e prioridades, sendo possível cada uma formular “seu” mínimo existencial exclusivo, tendo em vista que o instituto do mínimo existencial é brando, permitindo inúmeras leituras e interpretações. Prevendo isso, Rawls definirá bens primários elencados como mínimo existencial, que não serão vislumbrados sob o campo pessoal de cada indivíduo, mas sim que serão direitos que se estenderão a todos, de modo que o Estado proporcione a todos um tratamento como cidadãos e com dignidade e não cedendo às vaidades de cada um.

Assim, os bens primários¹⁷⁶ seriam todos os elementos essenciais/indispensáveis para se promover um desenvolvimento do planejamento de vida individual de cada pessoa. Nas palavras utilizadas no prefácio da obra “Uma Teoria da Justiça”, de John Rawls, afirma-se que: “[...] bens primários são as coisas que as pessoas racionais desejam, independentemente de quaisquer outras coisas que elas desejem”. Contudo, ao se analisar os bens primários, uma ambiguidade foi constatada: “quanto à questão de o bem primário depender unicamente dos fatos naturais da psicologia humana ou também depender de uma concepção moral de uma pessoa que incorpora um certo ideal”. Para tanto, defende-se que essa ambiguidade deve ser resolvida de acordo com a segunda situação/opção/hipótese apontada: “devemos considerar que as pessoas têm dois poderes morais (mencionados acima) e interesses de uma ordem superior

¹⁷⁶ De acordo com Cleyton Murilo Ribas, os bens primários apontados por Rawls “são divididos em dois aspectos: a. Naturais (que inclui saúde e talentos) e b. Sociais (incluem os direitos e as liberdades básicas fundamentais, as oportunidades de acesso às posições sociais com vantagens socioeconômicas)”. Ribas esclarece também que: “Os bens primários são, portanto, os haveres indispensáveis em qualquer sistema de fins. Eles são determinados nas diferentes condições sociais que possibilitam ao cidadão desenvolver e exercer plenamente suas faculdades morais e realizar sua concepção de bem”. (RAWLS *apud* RIBAS, 2009, p. 33).

no desenvolvimento e no exercício desses poderes. Os bens primários são agora caracterizados como aquilo de que as pessoas necessitam em sua condição de cidadãos livre e iguais e de membros normais e totalmente cooperativos da sociedade durante toda uma vida”¹⁷⁷.

Por mais que se tenha um conceito do que seriam esses bens primários e as grandes áreas elencadas por eles, o tema ainda aparenta ter uma indefinição a respeito do que deverá ser ofertado à sociedade, ou seja, quais os elementos específicos e a medida mínima de cada um desses elementos que fazem parte desse mínimo existencial. Sabe-se que o grande objetivo buscado é a “vida boa”, ou seja, a vida humana com dignidade e, talvez, o ideal funcionamento da sociedade agindo cooperativamente e do Estado; para isso Rawls, pensou em uma igualdade justa (distribuição desigual), de modo a equilibrar o meio social, fazendo com que todos tenham oportunidades e qualidade de vida. Sobre o modo de distribuição (tendo em vista que há dois seguimentos), os bens primários sociais¹⁷⁸ serão distribuídas de modo organizado e proporcional para os indivíduos, enquanto os bens primários naturais (seriam inatos à pessoa ou que ela tenha desenvolvido, por exemplo, algo genético, talento, “dom” etc.) não podem ser distribuídos e nem mesmo rotulados como justos ou injustos, pois compõem uma “loteria natural”. Essa possível desigualdade gerada pelos bens primários naturais seria superada com o regular funcionamento e desenvolvimento de uma sociedade cooperativa.

Afunilando as discussões para a seara da educação, mas especificamente no fato de ser um direito fundamental social previsto na CRFB/88, pode-se afirmar que quando o assunto é mínimo existencial a primeira referência a que se remete a análise é ao que está previsto no texto constitucional como “direitos fundamentais”. Afinal, se são fundamentais é normal a interpretação de que são direitos essenciais básicos, indispensáveis, irrenunciáveis, que devem ser cumpridos e exercidos para que se garanta a dignidade da pessoa humana.

Trazendo o direito fundamental social à educação para a teoria de Rawls, esse direito faz parte dos bens primários sociais, devendo ser ofertado à população visando o seu desenvolvimento e equidade no ingresso ao ensino público, ou seja, a promoção do direito à educação será um meio de proporcionar o fim buscado pela Teoria da Justiça desse pensador:

¹⁷⁷ RAWLS, 2000b, p. XV-XVI.

¹⁷⁸ Em sua obra “Uma Teoria da Justiça”, Rawls afirma: “Os bens sociais primários, para apresentá-los em categorias amplas, são direitos, liberdades e oportunidades, assim como renda e riqueza”. (RAWLS, 2000b, p. 98). Já na obra “O liberalismo político”, Rawls apresenta a seguinte “lista básica de bens primários”, ressaltando que, se houver necessidade, tal lista poderá ser ampliada: “a) direitos e liberdades fundamentais, que constituem uma lista; b) liberdade de movimento e livre escolha de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas; c) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; d) renda e riqueza; e) bases sociais do autorespeito”. (RAWLS, 2000a, p. 228).

a dignidade da pessoa humana e uma “vida boa” ou bem-estar social. Assim, o direito à educação é visto por Rawls como parte integrante do mínimo existencial, sendo esse direito o basilar, o ponto de partida, por estar intimamente ligado ao exercício dos demais, ou seja, por ser ele a ferramenta de garantia dos demais direitos ligados às necessidades mínimas/básicas do indivíduo, de tal forma que dê condições àquele cidadão (por meio do saber/conhecimento) de exercer seus direitos fundamentais¹⁷⁹.

Já na visão de Alexy, conforme sua teoria, o direito à educação faz parte do mínimo existencial e deverá ser exercido na sua maior amplitude possível, respeitando os limites fáticos (a partir da análise do caso concreto) e jurídicos, de modo também a proteger e garantir a dignidade da pessoa humana. Dignidade essa que, conforme já elucidado, no pensamento de ambos autores ultrapassa a ideia de mero “quite de sobrevivência”, ou seja, os autores vislumbram além da sobrevivência/existência/condição física de estar vivo, significando que o Estado, além de garantir a existência, deverá também se preocupar em proporcionar dignidade, agregação, desmarginalização e bem-estar.

O questionamento que surge é: quais etapas da educação (ampla) compõem o mínimo existencial, mais especificamente no Brasil? Utilizar-se-á para responder esse questionamento o “contrato social” brasileiro, a Constituição (CRFB/88). De acordo com a CRFB/88 seria a educação básica obrigatória (da pré-escola da educação infantil ao ensino médio) que comporia o mínimo existencial do direito à educação no Brasil, que, inclusive, como já abordado no capítulo anterior, essa educação básica obrigatória é prevista não só como uma prestação positiva do Estado, mas também como direito público subjetivo do cidadão. Assim, se é capaz de gerar direito público subjetivo, a parte obrigatória pode ser interpretada como a essencial, a fundamental, a que compõe esse mínimo de existência com dignidade.

Porém, de acordo com o jurista Ingo Wolfgang Sarlet, a resposta para o questionamento feito no parágrafo anterior não é tão simples. Sarlet, defendendo que o mínimo existencial não engloba somente as necessidades fisiológicas, mas também uma dimensão sociocultural¹⁸⁰, dimensão essa que seria resultante da interpretação da palavra “dignidade”, alude que o mínimo existencial não precisa estar previsto na constituição para que seja reconhecido, pois é um princípio que nasce da coadunação do direito à vida com princípio da

¹⁷⁹ ROHLING, 2015, p. 395.

¹⁸⁰ “[...] a dignidade implica uma dimensão sociocultural, que também constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido razão pela qual determinadas prestações em termos de direitos culturais (notadamente – mas não exclusivamente – no caso da educação fundamental) haverão de estar sempre incluídas no mínimo existencial [...]”. (SARLET, FIGUEIREDO, 2007, p. 183-184).

dignidade da pessoa humana. Assim, o fato de não estar escrito no texto constitucional “mínimo existencial”, não o elimina/suprime do ordenamento jurídico constitucional brasileiro. O autor aponta que mínimo existencial e direitos sociais não são a mesma coisa: o fato de a CRFB/88 contemplar direitos fundamentais sociais, compreendendo “algumas das dimensões do mínimo existencial”, os direitos sociais, em sua opinião, não podem e não devem ser “reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial”¹⁸¹; da mesma forma que o fato de haver direitos fundamentais sociais previstos na CRFB/88 não subtrai do mínimo existencial sua autonomia e nem mesmo “afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial”¹⁸². Assim, os direitos sociais, por mais extenso que seja seu rol de previsão na CRFB/88, na concepção de Sarlet, esses direitos não podem ser reduzidos à positivação nem mesmo à limitação ao mínimo existencial.

No mesmo sentido, o fato de o mínimo existencial não se encontrar expresso na CRFB/88, esse mínimo é definido por Torres como a soma de princípios, tais como “liberdade, igualdade, devido processo legal e livre iniciativa, imunidades e privilégios do cidadão e na Declaração dos Direitos Humanos”¹⁸³, tendo seu conteúdo e englobamento relativizado, variando de uma situação para outra sua abrangência e por isso considerada complexa sua mensuração quanto à qualidade e à quantidade do que é englobado¹⁸⁴.

Analisando a posição da Suprema corte brasileira, STF, sobre o mínimo existencial no Brasil, a partir da decisão proferida no RE 956.475 (o mesmo caso já trabalhado em capítulos anteriores – elucidado agora com recortes sobre mínimo existencial), pode-se constatar que: essa corte não entende só a educação básica obrigatória como integrante do mínimo existencial, de modo a considerar que a creche também faz parte desse mínimo (ou seja, a educação básica em si, parte obrigatória ou não, é considerada um mínimo existencial e deve ser protegida maximamente¹⁸⁵), devendo o Estado prestar essa etapa do ensino a todos que queiram

¹⁸¹ SARLET, FIGUEIREDO, 2007, p. 184.

¹⁸² SARLET, FIGUEIREDO, 2007, p. 184.

¹⁸³ TORRES, 1989, p. 29.

¹⁸⁴ Nesse sentido, Rui Barbosa afirma sobre o mínimo existencial: “se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável”. (BARBOSA, 1949, p. 62).

¹⁸⁵ NUNES JÚNIOR considera como mínimo existencial não só a educação básica, mas a educação básica **de qualidade**: “Dessa maneira, considerando-se a educação básica de qualidade como um mínimo dos mínimos essenciais, será possível concretizar a progressividade da implantação dos direitos sociais, na medida em que a sociedade estará cada vez mais instrumentalizada para exigir e até mesmo e até mesmo implementar diretamente muitos dos direitos constitucionalmente previstos”. (NUNES JÚNIOR, 2019, P. 990).

frequentá-la; foi declarada nessa decisão a impossibilidade de invocar “a fórmula da reserva do possível” como justificativa do “injusto inadimplemento” do Estado; por ser toda educação infantil considerada educação básica (lembrando que obrigatória é só a pré-escola), predomina o entendimento que deverá ser efetivo o acesso a todas as crianças de até cinco anos de idade ao ensino público, “sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal”¹⁸⁶.

Em dissonância ao entendimento do STF, Simone de Sá Portella não defende que o mínimo existencial abrange a educação infantil, tendo em vista que defende que apenas o ensino fundamental (que no Brasil abrange crianças de 6 anos à jovens de 14 anos – 1º ao 9º ano) compõe tal instituto. Dessa forma, na concepção dessa autora, exclui-se da composição do mínimo existencial tanto a educação infantil quanto o ensino médio – ambos amparados pela legislação como etapas da educação básica (gratuita e obrigatória – com exceção à creche que não é obrigatória)¹⁸⁷.

Cumprido destacar que o acesso à educação infantil no Brasil é tratado com igualdade (diferentemente da justiça distributiva de Rawls – “igualdade desigual”), tendo direito a essa garantia todas as pessoas na faixa etária adequada para cursar essa etapa, tanto ricos quanto pobres, com muitos recursos ou com total escassez deles, devendo todos serem atendidos de maneira igualitária¹⁸⁸.

6. “CALCANHAR DE AQUILES” DA EDUCAÇÃO INFANTIL BRASILEIRA

6.1. RESERVA DO POSSÍVEL: BARREIRA ENFRENTADA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO INFANTIL

¹⁸⁶ BRASIL, 2011.

¹⁸⁷ “O mínimo existencial refere-se ao ensino fundamental. Assim se em um determinado Município não houver vagas nas escolas de ensino oficial, pode o munícipe ingressar com uma ação, obrigando o Poder Público Federal, estadual ou municipal, pois a competência é concorrente das três entidades, a efetuar a matrícula em uma escola particular. [...] No que tange ao ensino médio, não constitui mínimo existencial”. (PORTELLA, 2007, p. 42).

¹⁸⁸ Assim prevê a própria CRFB/88: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; [...]”. (BRASIL, 1988).

Reserva do possível, assunto muito discutido e difundido mundialmente nos dias de hoje, é uma terminologia que ganhou repercussão no início da década de 1970 na Alemanha, de acordo com Luís Fernando Sgarbossa¹⁸⁹, quando o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu sobre as Universidades, caso renomado como *Numerus Clausus* (BVerfGE 33, 303 de 1973), que deu validade à limitação de vagas para ingressantes nas universidades públicas da Alemanha, devido à grande quantidade de candidatos extrapolar os limites físicos e econômicos das instituições, não sendo possível comportar todos os interessados no ingresso ao curso de medicina¹⁹⁰, e depois desse julgamento, diversos outros ocorreram no mesmo sentido com fundamento nesse instituto.

O Tribunal firmou entendimento no sentido de que a reserva do possível deve se pautar no princípio da razoabilidade, de modo a ponderar o que se pode ou não exigir que a sociedade custeie, cabendo, ao poder público especificar a destinação do orçamento do Estado de modo a atender e suprir as necessidades sociais¹⁹¹. É um fator decorrente da realidade econômica que o Estado enfrenta naquele momento, cumprindo aos poderes legislativo, executivo e judiciário agirem com plausibilidade, ou seja, com racionalidade e razoabilidade, buscando equilíbrio, de maneira a não causar um retrocesso aos direitos fundamentais e a destinar riquezas suficientes ao atendimento, pelo menos, do mínimo social, nesse determinado momento de crise/escassez que o Estado enfrenta – devendo ser medidas temporárias e não eternas.

A recepção da teoria da reserva do possível pelo Brasil causou uma pequena mudança em sua concepção quando comparada como a teoria foi concebida na Alemanha (baseada na razoabilidade e na proporcionalidade – não necessariamente o Estado não teria

¹⁸⁹ SGARBOSSA, 2010, p. 128-129.

¹⁹⁰ “[...] O Tribunal Constitucional Federal Alemão rejeitou a pretensão dos demandantes no sentido da declaração de inconstitucionalidade das disposições legais referidas” (liberdade: direito à livre escolha da profissão e direito da livre escolha do local de formação – previstos na Lei Fundamental de 1949 da Alemanha, em seu art. 12) “e a pretendida criação das vagas necessárias a admissão dos pretendentes ao curso superior de medicina”. (SGARBOSSA, 2010, p. 136).

¹⁹¹ “[...] Não há qualquer ordem constitucional no sentido de que, para cada candidato, em qualquer época e local de estudo à sua escolha, os custosos investimentos em educação superior sejam orientados exclusivamente em função da demanda pelos flutuantes e variados fatores individuais. Isso conduziria a uma outra falsa concepção da liberdade, na qual seria desconsiderado que a liberdade pessoal não pode ser dissociada da função da capacidade e do equilíbrio do conjunto, permitindo realizar uma conexão ilimitada da compreensão dos direitos subjetivos em detrimento da coletividade, a qual é incompatível com a ideia de Estado Social”. (SGARBOSSA, 2010, p. 142).

recursos para que se analisasse determinado direito à luz dessa teoria)¹⁹², de modo a considerar, como pontua Sgarbossa, que a reserva do possível serviria para restringir a feitura/realização/promoção de direitos fundamentais sociais com base na “escassez de recursos, seja esta compreendida como inexistência ou insuficiência econômica (real) de recursos, seja compreendida como indisponibilidade jurídica dos mesmos, por força da legislação orçamentária”¹⁹³.

Assim, em suma, constata-se que a concretização dos direitos sociais está intimamente ligada aos cofres públicos, ou seja, à disponibilidade de recursos financeiros do Estado para que os direitos sejam providos à população. Diante da escassez de recursos públicos, a concretização dos direitos se dará gradualmente, de maneira discricionária pelo Estado (em âmbito doutrinário, discussões são encontradas acerca dessa discricionariedade do Estado, visando reduzi-la ao máximo, principalmente quando o assunto é envolvendo direito social¹⁹⁴), visando atender, pelo menos, o mínimo existencial e de modo a não ferir o núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais dos indivíduos. Como Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁹⁵, os direitos à prestação material se condicionam à capacidade financeira nacional e serão satisfeitos conforme essa capacidade do momento, sendo assim submetidos à famosa reserva do possível.

De acordo com Jorge Reis Novais, a reserva do possível seria considerada como um elemento, do conjunto composto por mais outros dois, que dificultaria a realização dos direitos sociais¹⁹⁶.

¹⁹² Flávio Martins Alves Nunes Júnior pontua que: “Na concepção original (alemã), a “reserva do possível” refere-se àquilo que é razoavelmente concebido como prestação social devida, em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais sociais, eliminando as demandas irrazoáveis, desproporcionais e excessivas. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, ‘mesmo em disposto o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável’”. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 951).

¹⁹³ SGARBOSSA, 2010, p. 148.

¹⁹⁴ PIOVESAN *apud* MUNIZ, 2002, p. 104.

¹⁹⁵ BRANCO, 2000, p. 146.

¹⁹⁶ Segundo Jorge Reis Novais: “a) o facto de os direitos sociais valerem sob reserva do (financeiramente) possível; b) o facto de os direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos; e c) a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais”, se tratariam de “um conjunto de dificuldades que impediriam a consideração dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais ou, no mínimo, exigiriam uma distinção qualitativa radical relativamente aos direitos de liberdade que impediria um tratamento conjunto ou um regime comum para os dois tipos de direitos. Entre essas dificuldades destacar-se-iam: a impossibilidade de universalização deste tipo de direitos que não poderiam ser direitos de todos, mas apenas de alguns grupos desfavorecidos ou necessitados”. (NOVAIS, 2010, p. 87).

Analizando a decisão do STF no RE 956.475¹⁹⁷ (com alguns pontos comentados em capítulos anteriores deste trabalho) no que tange acerca da reserva do possível, a Corte demonstra que: o instituto da reserva do possível não pode ser invocado com o objetivo de dar validade à injusta inadimplência do Estado aos deveres a ele incumbidos; devem ser preservadas e primadas/priorizadas a integridade e intangibilidade do núcleo que consubstancia o mínimo existencial (elementos alegados no julgamento da ADPF 45 para fundamentar e justificar a decisão no RE 956.475); reconheceu a relevância do tema “reserva do possível” em se tratando de efetividade e realização, comumente dispendiosas, de direitos de prestação estatal positiva – que está diretamente subordinada à capacidade financeira estatal –, contudo, esse instituto não poderá ser usado como uma “muleta” pelo poder público, ou seja, como um meio de subterfúgio para burlar/fraudar o ordenamento jurídico e não adimplir com suas obrigações, privando cidadãos de seu mínimo necessário de existência; a reserva do possível só poderá ser utilizada como justificativa apenas quando houver justo motivo em que pode ser constatado/aferido de maneira objetiva – e não para o Estado se eximir de sua responsabilidade; cita Muniz, julgando como correto o posicionamento da autora ao qualificar o direito à educação como um direito fundamental, caracterizando-o como de imprescindível efetivação, ressaltando a promoção do bem-estar e justiça sociais e aprimoramento da qualidade de vida dos indivíduos, principalmente daqueles que mais necessitam – menos afortunados –, e asseverando que empecilhos governamentais não podem fomentar a inadimplência da obrigação constitucional que o Estado possui – não podendo ele se eximir de suas obrigações com discursos de impossibilidade de custeio ou falta de legislação que regule alguma temática.

Nesse sentido, o STF, ainda nesse julgado, defendeu que o Município não possui muita discricionariedade em âmbito de educação infantil, tendo em vista que se trata de um direito que para ser exercido pela sociedade requer sua ação (obrigação de fazer) e que possui base e densidade na Constituição que estipula esse ato de agir. Assim, não pode o Município simplesmente alegar conveniência e oportunidade achando que esses fundamentos justificarão e anularão suas obrigações com a prestação dos direitos essenciais da comunidade. Como embasamento teórico da decisão proferida, a corte elencou ementas de outros julgados no mesmo sentido, destacando, inclusive que o Poder Judiciário é legítimo para intervir quando houver omissão do Estado na implementação de políticas públicas com previsão constitucional,

¹⁹⁷ BRASIL, 2016.

com a finalidade de proteger os direitos sociais, defendendo que essa atitude assumida pelo poder judiciário não caracteriza transgressão à separação de poderes.

A Suprema Corte Constitucional brasileira, em âmbito de educação infantil, direito resguardado constitucionalmente, entende que a União, as Unidades Federativas e os Municípios brasileiros devem se equipar de modo a atender em sua integralidade o que a Constituição preceitua. Alude que o descaso Estatal com os direitos fundamentais, sua inaptidão de gerenciamento de recursos e suas atitudes inadequadas de programação dos recursos públicos sem sede de educação, não devem/podem ser entraves ao Município para executar o que a Lei Maior (CRFB/88) lhe impõe.

Observa-se que o que o STF repudia é a tentativa de qualquer entidade da administração pública direta de fraudar/burlar o ordenamento jurídico e, com ele, os direitos fundamentais dos cidadãos, no sentido de o Estado se utilizar da reserva do possível para dela abusar. Por mais que os direitos sejam custosos e de praticamente impossível desvencilhamento da capacidade econômica estatal, a indisponibilidade de recursos financeiros – reserva do possível – só pode ser utilizada como justificativa quando comprovada, de maneira clara e objetiva, a real incapacidade financeira (cumpra esclarecer que o ônus da prova é do Estado)¹⁹⁸, afinal, havendo limite material não há razoabilidade em exigir prestação e, se mesmo assim, a exigência fosse feita, em tal situação, não haveria viabilidade de cumprimento a essa determinação e provimento a determinados direitos.

A análise das alegações apresentadas ficará a cargo e ao juízo do Poder Judiciário, cabendo a ele aferir toda a destinação das verbas públicas para constatar ou não a alegação de reserva do possível.

Segundo Jorge Reis Novais¹⁹⁹, respaldando-se no princípio constitucional da igualdade, defende que em havendo ‘escassez de recursos’, o Estado estará desobrigado a atender a todos da mesma maneira, tendo em vista que as necessidades de cada um são diferentes, cada pessoa tem sua individualidade e sua condição de vida, analisando-se o patamar social e econômico. Assim, deve o Estado priorizar ajuda àqueles que mais necessitam, àqueles que não dispõem de recursos próprios suficientes para custear direitos imprescindíveis para que

¹⁹⁸ De acordo com Sarlet, para que o Estado se utilize do pretexto da reserva do possível é preciso muito mais do que apenas comprovar a indisponibilidade de recursos, se fazendo necessárias também as comprovações de que não está ocorrendo desperdício ou má aplicação dos recursos que tem, como ele aduz em trecho de sua obra: “cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”. (SARLET, 2007, p. 381).

¹⁹⁹ NOVAIS, 2010, p. 49-50.

se tenha um mínimo de dignidade. Dessa maneira, mesmo com poucos recursos e em meio a tal infortúnio, o Estado estaria promovendo a igualdade, dentro de seus limites orçamentários, dando oportunidades e condições aos mais desprovidos de riquezas.

O posicionamento desse grande jurista é como se fosse “uma luz no fim do túnel”, uma esperança, um modo de o Estado conseguir se manter garantindo também a dignidade de sua população. Tendo em vista que os direitos são onerosos, pois, diferentemente do ponto de partida em que são delineadas as teorias da justiça e de distribuição das riquezas por Rawls, a realidade é bem diferente: pessoas desempregadas, sem estudo, sem condições de custear um mínimo necessário para sua sobrevivência, quem dirá para uma vida digna. O Estado, nesse meio, tem o dever/missão/desafio de prestação material, de modo a assegurar o acesso aos mais diversos bens previstos constitucionalmente, os quais envolvem um montante financeiro muito elevado.

Essa realidade enfrentada pelo Estado conduz a que sejam estipuladas prioridades. Ou seja, como financeiramente no momento é inviável a prestação máxima de todos os direitos a toda população, se faz compreensível uma flexibilização, estabelecendo prioridades para que políticas públicas e recursos financeiros sejam canalizados no sentido de diminuir o impacto social na vida dos menos afortunados/marginalizados²⁰⁰. Afinal, a atuação do Estado está diretamente condicionada à reserva do possível. A garantia dos direitos sociais e seu alcance estão intimamente ligados ao instituto da reserva do possível; os direitos sociais são prestações positivas por parte do Estado e, assim como todo direito que exige ações estatais, são caros, dependendo, dessa forma, de capital financeiro para que sejam providos à população.

Assim, diante do olhar da reserva do possível, que é um instituto que limita materialmente o Estado, torna-se refutável a alegação feita por Solange Almeida Holanda Silvio²⁰¹, defendendo que a fundamentalidade dos direitos sociais para os indivíduos é essencial/primordial de modo a não poder receber um atendimento em grau mínimo, devendo serem fornecidos à população em sua plenitude. A discordância com o pensamento da estudiosa ocorre devido não condizer com a realidade quando se tem como condicionante um Estado passando por dificuldades econômicas, com limites materiais inviabilizando a concretização de direitos; nesse sentido, sua concepção, aparentemente, desmorona-se. Afinal, o que a autora defende é o grande objetivo do Estado. A meta Estatal é proporcionar à população os direitos

²⁰⁰ NOVAIS, 2010, p. 59.

²⁰¹ SILVIO, 2016, p. 115.

sociais em sua plenitude. Esse seria o Estado ideal, em perfeito funcionamento, economia equilibrada, sem corrupção etc.

Assim, é plausível que atitudes sejam tomadas visando amenizar o impacto e organizar a distribuição de renda e de direitos, de modo a fazer com que, por menor que seja a prestação, que elas cheguem e atinjam, pelo menos em grau mínimo, quem dela necessite. Cumpre observar que são medidas de caráter temporário. Dessa maneira, seria possível o Estado tanto se reestabelecer (pois tais ajustes em tempos de dificuldades resultariam em gastos conscientes, prudentes e proporcionais com os recursos financeiros disponíveis), como também não deixar que o caos se instaure na sociedade e que a dignidade da pessoa humana não fique protegida, assegurando, pelo menos, um grau mínimo de prestação, não se abstendo de seu compromisso para com o povo.

6.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL E OS PRINCÍPIOS DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E DA DEFESA À SEGURANÇA JURÍDICA

O fenômeno da proibição do retrocesso é muito discutido em âmbito nacional e internacional, normalmente se referindo aos direitos sociais, que são aqueles que requerem prestações positivas do Estado e um dos primeiros a sofrerem com os reflexos de crises financeiras, crises essas que viabilizam a um acarretamento na diminuição de políticas públicas e investimentos, resultando no retrocesso ou na falta de progressividade dos direitos.

Interessante o esclarecimento de Nunes Júnior ao arrolar em sua obra a expressão em francês para se referir à proibição do retrocesso, que seria “efeito cliquet”, na literalidade significando “efeito catraca”, expressão oriunda do alpinismo que corresponde à escalada, tendo em vista que traduz que o alpinista só pode se mover em um sentido, subindo, pois os pinos de sustentação estão sempre acima dele²⁰².

Como o próprio nome faz referência, a proibição do retrocesso em âmbito dos direitos sociais, tema de estudo deste trabalho, compreende-se em uma limitação à atuação dos poderes públicos, principalmente do poder legislativo, que não poderá suprimir/extinguir direitos sociais, nem mesmo ferir o núcleo essencial desses direitos protegidos pela constituição (tornando-se tanto uma obrigação positiva quanto negativa para o Estado), e do poder

²⁰² NUNES JÚNIOR, 2019, p. 999.

executivo, não podendo ser omissos de modo a aniquilar direitos²⁰³. Caberá ao Poder Judiciário a fiscalização aos demais poderes e aos cidadãos a faculdade de exigir em juízo que se mantenha, pelo menos, o mesmo grau de efetivação de direitos que já foram alcançados²⁰⁴.

Assim, tal princípio abrangia a seguinte ideia: os direitos sociais, uma vez assegurados e garantidos aos cidadãos, não podem regredir e nem mesmo estagnar, devem tender ao progresso, evolução, amplificação, de modo a promover ainda mais melhorias ao bem-estar social e a ampliação ao mínimo existencial, fazendo com que o princípio da dignidade da pessoa humana seja real/fatídico/autêntico na vida de todos.

Jorge Reis Novais se posiciona contrariamente à aplicação do princípio da proibição do retrocesso fora do contexto alemão da época em que o texto constitucional não trazia, expressamente, direitos sociais²⁰⁵. Contextualizando, a teoria da proibição do retrocesso veio à tona na Alemanha, na década de 1970, em meio a um cenário que se caracterizava pela crise econômica; tal crise colocava em risco prestações sociais recebidas do Estado pela população – tanto no sentido de estagnação quanto no risco de extinção de tais benefícios –; a partir daí a doutrina e jurisprudência iniciaram reflexões sobre a existência de limites ao Estado social, analisando se poderia ou não ele intervir de modo a afetar benefícios que já foram concedidos. Assim, o autor alega que, fora desse contexto mencionado, o princípio da proibição do retrocesso perde a “função, justificação e interesse dogmático em contextos de Constituição com direitos sociais”²⁰⁶, como é o caso da CRFB/88 – aludindo, em casos como esse, tal princípio como “pretensão e nebuloso”.

O princípio da proibição do retrocesso não está positivado, em sua integralidade, na CRFB/88, contudo alguns aspectos desse princípio se manifestam sim, como é o caso do art. 5º, inciso XXXVI, e o art. 60, §4º, inciso IV²⁰⁷, que limita a atuação do Poder Constituinte Derivado Reformador no sentido de tender a abolir os direitos e garantias individuais. De

²⁰³ “O princípio da ‘proibição do retrocesso social’ determina, de um lado, que uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não poderá depois de eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma ‘lei de proteção’, a ação do Estado, que se consubstanciava num ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei”. (QUEIROZ, 2010, p. 116).

²⁰⁴ BEDÊ, 2006, p. 114.

²⁰⁵ NOVAIS, 2010, p. 83.

²⁰⁶ NOVAIS, 2010, p. 85.

²⁰⁷ “Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]”. (BRASIL, 1988).

acordo com Flávio Martins Alves Nunes Júnior²⁰⁸, o princípio da proibição do retrocesso se trata de um princípio implícito (pensando dessa mesma maneira também Christian Courtis e Ingo Wolfgang Sarlet), sendo oriundo do direito à segurança previsto no rol dos direitos sociais elencado no art. 6º, da CRFB/88.

Há doutrinadores que julgam como inadequada a nomenclatura “proibição ao retrocesso”, defendendo que seria mais adequado se referir a tal fenômeno como “segurança jurídica”, como Cristina Queiroz²⁰⁹. A questão é que estão intimamente ligados, muitas vezes, a depender do caso, de maneira tão intensa, que a situação acaba por causar uma fusão de conceitos, podendo se justificar pelo caráter de complementaridade de um no outro.

O que se pode afirmar é que o ordenamento jurídico como um todo e a organização estatal visarão proteger e garantir a dignidade da pessoa humana²¹⁰ a todos os seus indivíduos. Observando o conceito formulado para a dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que instabilidade jurídica gera desarmonia, despromovendo a paz social e comprometendo a dignidade da pessoa humana, abalando, inclusive, a confiança no próprio Estado; Estado esse, representado por seus poderes públicos, que não pode/deve retroagir na garantia dos direitos, senão estará transgredindo o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo alguns limites de atuação quando o assunto é delimitação de direitos (assunto já tratado em capítulos anteriores, que concerne na não violação ao núcleo do direito fundamental, partindo-se da análise do caso concreto).

A segurança jurídica, não está prevista na Constituição brasileira expressamente. Está nas entrelinhas, se tratando de um princípio implícito decorrente da Constituição²¹¹. À leitura de cada direito que se depara positivado no texto maior, é possível notar a presença dela, da segurança jurídica. Afinal, em se tratando de Constituição escrita, o Poder Constituinte Originário age visando organizar o Estado e limitá-lo, de modo a proporcionar à população ferramentas para exigir o cumprimento do que está ali estipulado. Essa ferramenta (direitos)

²⁰⁸ NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1005.

²⁰⁹ QUEIROZ, 2010, p. 71.

²¹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (SARLET, 2002, p. 62).

²¹¹ BARROSO *apud* SARLET, 2004, p. 65.

traz segurança jurídica, conduzindo à certeza (ou à esperança)²¹² de que algo será feito/promovido na forma como está fixado, sem maiores transtornos (princípio da confiança nas leis²¹³ - vinculado ao princípio da boa-fé).

Pode-se observar, por meio da vastidão de atos normativos no ordenamento jurídico brasileiro e pela extensão do conteúdo quando se trata de constituições brasileiras, que é da cultura brasileira buscar segurança jurídica, preferindo pecar pelo excesso de direitos do que correr o risco de não os ter garantidos por falta de previsão legal. Trata-se da busca por estabilidade no ordenamento jurídico como um todo.

O princípio da segurança jurídica se coaduna ao princípio da confiança, permitindo dizer que o fato de o cidadão saber que os direitos sociais não podem retroagir lhe gera conforto e diminui conflitos sociais. Essa segurança ligada ao princípio da confiança incide tanto no poder legislativo como no poder judiciário (que deverá agir em consonância ao ordenamento jurídico).

O poder judiciário, de acordo com Coêlho, “possui a função não somente de solucionar litígios, mas também exerce uma função pedagógica, didática, ao orientar condutas e criar parâmetros a serem seguidos, reduzindo, assim, a incidência dos conflitos sociais; daí a importância do caráter da confiabilidade e certeza de suas decisões”²¹⁴. O autor visualiza o princípio da segurança jurídica como essencial em todo ordenamento jurídico.

No cenário brasileiro, será de suma importância e destaque (maior protagonismo do poder judiciário) a atuação do poder judiciário na proteção e efetivação dos direitos sociais. Como já visto em capítulos anteriores, esse direito de exigir prestação do Estado é de todos, não se restringindo àqueles que possuem incapacidade de custear suas necessidades com recursos próprios, mas sim a todos, ricos ou pobres.

Em suma, o princípio da segurança jurídica pode ser compreendido como uma garantia do cidadão em face do Estado, no sentido de que as normas não retroagirão sob a vigência da constituinte do momento, nem mesmo sofrerão brusca mudança de interpretação

²¹² De acordo com Canotilho, essa crença gerada de que o que está estipulado será cumprido se trata do princípio da confiança nas leis, que consiste “na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesiva da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”. (CANOTILHO *apud* COÊLHO, 2016, p. 14).

²¹³ Ou princípio da não surpresa. Segundo Coêlho: “do ponto de vista do cidadão, a segurança jurídica vem em favor da proteção da confiança, de um princípio elementar do direito, que é o princípio da não surpresa. Nesse sentido, se um cidadão se comporta de acordo com a lei, em um determinado momento, as alterações posteriores sofridas por essa lei não podem retroagir para tornar irregular o fato já praticado”. (COÊLHO, 2016, p. 86-87).

²¹⁴ COÊLHO, 2016, p. 87.

(Mutações Constitucionais) em dissonância com os últimos julgados pelo poder judiciário, salvo infortúnios devidamente justificados pelo Estado (como a reserva do possível)²¹⁵.

À luz do direito à educação sobre a temática da abrangência dos princípios da proibição do retrocesso e da defesa da segurança jurídica, constata-se que o Estado não poderá atentar contra o direito à educação, ou seja, não pode agir contrariamente ao que preceitua o texto normativo, não pode editar/criar legislação que fira o núcleo essencial desse direito fundamental. Afinal, se trata de uma conquista, que deve ser preservada para que a dignidade da pessoa humana seja atingida.

O assunto do mínimo existencial vem à tona nesse ponto. Em se tratando de educação básica, o fato de ser “básica”, conduz ao raciocínio de que a própria CRFB/88 já delimita as etapas da educação que são essenciais/indispensáveis a todo e qualquer cidadão, não sendo possível extrair um núcleo da educação básica, devido ela como um todo já ser o próprio núcleo do direito à educação. Se se apegar a essa premissa, a esse desenrolar de raciocínio, a educação infantil, como um todo, englobando tanto a creche quanto a pré-escola, constituir-se-á de parte integrante do mínimo existencial. Não se podendo haver retrocesso de direitos, e constituindo ela (educação infantil) o núcleo essencial do direito à educação por compor a educação básica, o que se aduz é que a partir do momento em que determinado direito foi assegurado e resguardado à população, não será cabível um “arrependimento” Estatal, conduzindo a sua supressão, pelo menos enquanto vigor a atual Constituição (tendo em vista que os direitos sociais, conforme já decidiu o STF, se tratam de Cláusulas Pétreas implícitas).

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 (ARE 639.337), o STF entendeu pela proibição do retrocesso social de direitos prestacionais e pela obrigação do Estado em efetivar e proteger os direitos fundamentais, de modo a não os frustrar, devido se referir a direitos já concretizados²¹⁶.

²¹⁵ “Os cidadãos, ao se relacionarem entre si ou com o Estado, conhecem os resultados possíveis previstos pela ordem jurídica estabelecida. Se esse ordenamento ou as bases que o fundamentam se modificam a cada momento, isso afeta a previsibilidade que o cidadão possui dos efeitos das relações jurídicas das quais participa. Dessa forma, a proteção à confiança tutela à legítima expectativa dos cidadãos sem relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas”. (COELHO, 2016, p. 135).

²¹⁶ “A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos

Dessa forma, os direitos sociais possuem grande proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o direito à educação, importando agora o cumprimento, a satisfação a esse direito, eficaz e efetivamente, sanando a defasagem na qualidade do ensino, a reestruturação de escolas sucateadas e a oferta de vagas a todos, garantindo tanto o acesso quanto a permanência. O não atendimento a esse direito, seja por omissão do poder legislativo ou falta de gestão ou, também, omissão do poder executivo, terá o cidadão, como a própria CRFB/88 preceitua, direito público subjetivo, ou seja, a faculdade de “fazer valer” seus direitos, buscar sua concretização, junto ao poder judiciário (que, em tempos de crise econômica, deverá analisar o caso com racionalidade e equilíbrio²¹⁷, para que excessos não sejam cometidos nem por esse poder e nem pelo poder executivo, ferindo direitos dos cidadãos).

O ponto que mais compromete a concretização dos direitos sociais, com foco no direito à educação, como já demonstrado neste estudo, são as alegações feitas pelo poder executivo para não honrar com sua obrigação – que, conforme já aludido em tópicos anteriores, de nada adianta a mera alegação sem a real comprovação daquilo que se profere. O poder executivo possui um limiar de discricionariedade, ou seja, possui uma certa margem de liberdade para atuar administrativamente, de modo a prezar pelo bom funcionamento da máquina pública e por uma boa gestão dos recursos financeiros e materiais do Estado. O poder judiciário assume, relacionando-se aqui a um sistema de freios e contrapesos para que o Estado tenha e permaneça em equilíbrio, um papel investigativo, fiscalizando, por exemplo, a atuação dos poderes públicos, apurando se estão exercendo sua atividade lícitamente e desenvolvendo melhorias sociais (e não simplesmente inventando circunstâncias para satisfazerem a interesses próprios), buscando, assim, promover os objetivos que foram traçados pelo ordenamento jurídico em prol da coletividade.

A discricionariedade administrativa, definida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”²¹⁸, conforme delineado no conceito da autora, possui limites, de modo

ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados”. (BRASIL, 2011, p. 128-129).

²¹⁷ “Em tempos de crise financeira, déficit orçamentário, cabe ao Judiciário apreciar as medidas restritivas, o retrocesso social operado e decorrente da inevitabilidade dos fatos, verificando se houve excessos irrazoáveis, desproporcionais, que firam o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais”. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1014).

²¹⁸ DI PIETRO, 2001, P. 67.

que deve a administração pública agir em conformidade com o interesse público e com os princípios da legalidade, da motivação²¹⁹ e da razoabilidade.

Assim, com respaldo no princípio da legalidade, a liberdade de atuação administrativa do Estado sofrerá restrições, ficando a administração pública com sua liberdade condicionada a uma autorização que deverá estar prevista no ordenamento jurídico. Dessa forma, o Estado só poderá agir nos limites legais, só haverá discricionariedade se a legislação assim estipular, devendo haver obediência, inclusive, a todos os limites (temáticos, materiais, circunstanciais etc.) que forem por ela (legislação) estabelecidos. E, é claro, o poder público deverá associar todos esses parâmetros já elencados à proteção do direito à dignidade da pessoa humana (princípio norteador de todo ordenamento jurídico atual brasileiro).

De acordo com Maria Sylvia Zanella²²⁰, além da legalidade ter sido determinante na redução da discricionariedade do poder executivo, outra razão que pode ser elencada como contributiva para o estabelecimento de limites foi a mudança/evolução do pensamento de que os direitos sociais arrolados na CRFB/88 se tratam unicamente e apenas de normas programáticas (ponto já trabalhado em capítulos anteriores neste estudo) – em que se defendia a dependência e condicionamento da aplicação/concretização de tais direitos sociais ao nascimento de normas e políticas públicas (atos do poder legislativo e do executivo). A nova concepção que se tem dos direitos sociais é que eles não podem ficar sobrestados aguardando os poderes legislativo e executivo tomarem providências, afinal, se tratam de direitos fundamentais, essenciais e indispensáveis para o bem-estar social e para a dignidade da pessoa humana; assim, essas normas possuem um mínimo de eficácia que deve ser satisfeito.

O grande ponto é: como há limites para a administração agir, barreiras podem ser infringidas. Assim, caso haja infração aos limites impostos, há possibilidade de nascimento de atos ilegais ou inválidos, atos esses que serão suscetíveis ao controle judicial, o qual terá por atribuição coibir qualquer descompasso que possa ir de encontro com a dignidade da pessoa humana, a legalidade e o interesse público. É possível também que haja omissão dos poderes executivo e legislativo. Nesse sentido, conforme Di Pietro analisa, com a grande mudança de paradigma quanto a eficácia dos direitos sociais, obteve-se uma grande evolução, tendo em

²¹⁹ “A motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o ato. É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade. É pela motivação que se verifica se o ato está ou não em consonância com a lei e com os princípios a que se submete a Administração Pública”. (DI PIETRO, 2012, p. 11).

²²⁰ DI PIETRO, 2012, p. 11-12.

vista que a sociedade não precisa mais ficar aguardando a “boa vontade” dos poderes executivo e legislativo para que haja cumprimento com os seus deveres, podendo utilizar-se das vias judiciais para garantir isso.

Muito é discutido, doutrinariamente, sobre os limites desse controle judicial, que se manifesta cada vez mais devido à alta demanda. A doutrina se questiona e tenta responder até que ponto poderia o poder judiciário intervir nas atividades administrativas, tendo em vista que há uma separação de poderes e, conforme a própria CRFB/88 determina, são eles independentes e harmônicos entre si. Cumpre destacar que não há consonância/pacificidade sobre a matéria, há quem defenderá pelo alto alcance de atuação do poder judiciário, como o jurista Uadi Lammêgo Bulos²²¹, podendo o judiciário não só aplicar a lei sob a análise do caso concreto, como também realizar mutação constitucional sem limites específicos delineados (difícil tarefa, tendo em vista que se trata de um poder de fato e não de direito – não é um poder regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro), ou seja, mudar a interpretação de determinado dispositivo constitucional sem que seja mudado o seu texto; e há quem defenderá limites e traçará critérios para a atuação desse poder, como Denise Soares Vargas²²².

O fato é que, em decorrência do protagonismo do poder judiciário, muitos juristas utilizarão do termo “ativismo judicial”²²³ para se referir a um judiciário atuante, sendo alvo tanto de críticas – devido os menos esclarecidos (que são aqueles que mais necessitam do amparo estatal), geralmente, não terem ciência de que possuem direitos e poderes para os fazer valer; as ações ingressadas no judiciário se referirem, normalmente, a casos individuais e o

²²¹ Segundo Uadi, essa atuação do poder judiciário no sentido de “inovar”, ou seja, ir além das previsões legais usando como método a interpretação, trata-se de uma “prática constitucional que evidencia a impossibilidade de traçar, com exatidão, os limites das mutações constitucionais. O único limite que poderia existir, mas de natureza subjetiva e, até mesmo, psicológica, seria a consciência do intérprete em não extrapolar a forma plasmada na letra dos preceptivos supremos do Estado, mediante interpretações, mediante interpretações deformadoras dos princípios fundamentais que embasam o Documento Maior”. (BULOS, 2018, p. 114).

²²² De acordo com a autora, a mutação constitucional: “deve se circunscrever aos sentidos possíveis do texto; decorrer de genuína mudança na sociedade e não avançar no campo próprio da reforma constitucional”. (VARGAS, 2014, p. 69).

²²³ Luís Roberto Barroso, Ministro do STF, alude que: “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativa se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestações do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas”. (BARROSO, 2019, p. 6).

juízo envolver só as partes que requisitaram tais direitos; a violação a separação dos Poderes; violação a democracia, sob alegação de que os atuantes no poder judiciário não serem eleitos e não representarem a vontade popular – quanto de elogios – pois colabora para com a eficácia e efetividade dos direitos sociais.

6.3. DESENVOLVIMENTO INFANTIL EM CRECHES PÚBLICAS

Recente estudo feito por um grupo de pesquisadores da Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri (UFVJM), localizada na cidade de Diamantina, Estado de Minas Gerais, Brasil, e da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Campus Governador Valadares, no Estado de Minas Gerais, Brasil, publicado em 2015, destinou-se a analisar e avaliar o desenvolvimento infantil, estabelecendo uma comparação entre crianças que frequentam ou não creches públicas no país.

O estudo se deu da seguinte forma: observaram 167 crianças ao total, todas residentes em um município situado no Alto Vale do Jequitinhonha, Estado de Minas Gerais, na faixa etária entre 11 e 57 meses, divididas em dois grupos, denominados “creche” (com 83 crianças – todas elas matriculadas nas 5 creches públicas existentes no município e com frequência em tempo integral por, pelo menos, 6 meses) e “casa” (com 84 crianças, que não frequentavam e nunca frequentaram creches e do mesmo bairro das crianças do grupo “creche” – mesma semelhança “sociodemográfica”), “homogêneos quanto à idade, gênero, nível econômico e escolaridade materna”²²⁴. Cumpre salientar que foram excluídas da pesquisa crianças com doenças congênitas. “Os domínios do desenvolvimento pessoal-social, linguagem, motor fino e motor grosso foram avaliados através do teste Denver II²²⁵ e a qualidade do ambiente das cinco creches públicas através da Infant/Toddler Environment Rating Scale-Revised Edition²²⁶. Foram utilizados os testes estatísticos Mann-Whitney e Qui-

²²⁴ AMARO, 2015, p. 170.

²²⁵ De acordo com os autores, esse Teste Denver II consiste em um instrumento padrão: “para triagem de crianças com risco para atraso no desenvolvimento. O teste é subdividido em quatro domínios: pessoal-social, motor fino adaptativo, linguagem e motor grosso. Os itens são aplicados por um examinador previamente treinado, de acordo com a idade de cada criança e são classificados em: passa cautela ou atraso. O resultado geral do teste é interpretado como “normal” (nenhum atraso/ apenas uma cautela), “suspeito” (um atraso e/ou duas ou mais cautelas) ou “anormal” (dois ou mais atrasos)”. (AMARO, 2015, p. 171).

²²⁶ “Esta é uma escala indicada para avaliação de ambientes educacionais coletivos, aplicada por um examinador treinado que observa o ambiente considerando 07 subescalas: espaço e mobiliário; rotina e cuidados da criança; falar e compreender; atividades; interação; estrutura do programa e pais e equipe. A cada item é atribuído, pelo examinador, um escore em uma escala de 1 a 7, indicativo da qualidade

quadrado para a comparação entre os dois grupos”²²⁷. As crianças também foram classificadas com relação à economia familiar, constatação feita por meio de um questionário que analisa os bens e o grau de escolaridade materna.

Os pesquisadores iniciaram os relatos do estudo feito definindo o que é desenvolvimento infantil, conceituado como um processo contínuo e interligado a mutações motoras, cognitivas e psicossociais influenciadas tanto por fatores genéticos e biológicos quanto ambientais²²⁸. Os fatores ambientais envolvem vários aspectos, como situação financeira, situação estrutural do lar em que a criança vive, como também a relação afetiva/emocional da criança e sua interação tanto com seus familiares quanto com o meio social, podendo todos esses aspectos levar a resultados bons ou ruins com relação à aprendizagem e ao desenvolvimento infantil.

Nesse estudo, foi realizado levantamento bibliográfico acerca de pesquisas sobre as consequências que a frequência à creche provoca no desenvolvimento da criança, encontrando controvérsias nos dizeres doutrinários, relatando constatação de evidências de mudanças/evoluções no desenvolvimento de crianças com escassez de recursos que frequentaram creches de boa qualidade²²⁹. Dentre as dificuldades apontadas, verificou-se a falta de consenso sobre a existência de relação entre o desenvolvimento infantil e a frequência ao ambiente escolar – creche –, nas poucas pesquisas encontradas (diminuindo ainda mais a abrangência dessas pesquisas quando o grupo de pesquisadores utilizou como critério a análise aos estudos que avaliavam a qualidade do ambiente de aprendizagem relacionado ao desenvolvimento infantil).

Os procedimentos que os pesquisadores adotaram para obter resultados, fora as formalidades e parte burocrática, como pedir autorização à Secretaria de Educação, termo de consentimento dos pais etc., mais especificamente aqueles foram os seguintes: a) grupo creche: as crianças foram feitas individualmente, em local privado; b) grupo casa: as crianças foram analisadas em seus próprios lares. Em ambos grupos foram utilizados os métodos, ou melhor, os domínios descritos em parágrafos anteriores.

do atendimento oferecido: 1 a 2,99 – inadequada; 3 a 4,99 – mínima; 5 a 6,99 – boa; e 7- excelente¹⁷”. Os autores apontaram tal escala como adequada e com “índices satisfatórios de confiabilidade entre examinadores e capacidade de discriminação de níveis diferentes de qualidade”. (AMARO, 2015, p. 171).

²²⁷ AMARO, 2015, p. 170.

²²⁸ AMARO, 2015, p. 170.

²²⁹ AMARO, 2015, p. 170-171.

Em resumo, concluindo a pesquisa, o grupo de pesquisadores constatou os seguintes resultados: i) que os grupos casa e creche foram considerados homogêneos, devido não exibirem alterações significativas estatisticamente com relação à idade das crianças, gênero, situação financeira (a maioria é pertence a famílias pobres²³⁰) e grau de escolaridade da mãe (a maioria sem conclusão do ensino médio²³¹); ii) também foi apurada baixíssima diferença entre o grupo casa e creche, não apresentando diferenças significativas quando estatisticamente comparados²³² sobre o “desenvolvimento geral e dos domínios pessoal-social, motor fino, linguagem e motor grosso”²³³; iii) todas as 5 creches foram consideradas inadequadas quanto a qualidade do ambiente²³⁴.

Em suma, conforme arrolado no próprio resumo do relato do estudo científico feito pelo grupo de pesquisadores, a conclusão final e geral obtida foi a de que “não foi observada diferença ao comparar os domínios do desenvolvimento pessoal-social, linguagem, motor grosso e motor fino de crianças que frequentavam creches públicas e seus pares que permaneciam apenas em ambiente domiciliar”²³⁵. Assim, foi constatado que não houve favorecimento nenhum à criança em relação ao fato de se passar tempo integral nas creches públicas, não caracterizando diferenças ou melhores resultados quanto ao desenvolvimento infantil entre essas e as outras crianças que nunca tiveram contato com o ambiente escolar.

Analisando os resultados da pesquisa aludida junto da temática tratada neste trabalho fica enfatizado, ainda mais, problemas de má gestão e de dispêndio público de maneira inadequada. Em documentos governamentais, arrolados em capítulos anteriores deste trabalho, observa-se que muito se preocupam (Poderes Públicos) com a oferta à educação infantil e pouco se vê a manifestação em promover resultados de apuração da aprendizagem daqueles que já estão na rede de ensino, nessa etapa da educação, mesmo com a própria LDB, em seu art 29,

²³⁰ Os números obtidos foram: “80,6% no grupo CRECHE e 76,2% no grupo CASA” a quantidade de crianças pertencentes a “famílias economicamente desfavorecidas”. (AMARO, 2015, p. 172).

²³¹ “Quanto à escolaridade materna, observou-se que a maioria das mães não concluiu o ensino médio, sendo 73,5% das mães do GRUPO CRECHE e 69,0% no GRUPO CASA”. (AMARO, 2015, p. 172).

²³² “Valores ligeiramente mais altos para o GRUPO CASA (40,47%), em relação ao GRUPO CRECHE (37,35%)”. (AMARO, 2015, p. 173).

²³³ AMARO, 2015, p. 173.

²³⁴ De acordo com os pesquisadores, esse fator de análise de ambientes: “pode ter influenciado nos resultados, visto que a literatura tem apontado a necessidade de um ambiente de creche de qualidade para que haja influência positiva no desenvolvimento infantil”. (AMARO, 2015, p. 170).

²³⁵ AMARO, 2015, p. 170.

prevendo o desenvolvimento integral da criança até 5 anos de idade, envolvendo os aspectos, físicos, psicológicos, intelectuais e sociais.

Outro ponto que merece destaque é sobre a demanda por creches na rede pública de ensino, foi apurado na pesquisa que a maioria das crianças pertencem a famílias baixa renda (pobres, com escassez de recursos). Ou seja, o direito fundamental social à educação, essencial para a construção e consolidação de um Estado Democrático de Direito (tendo em vista que se faz necessário, em sua composição, cidadãos com a capacidade de raciocinar com conhecimento necessário para um bom desempenho de seus papéis, perante a sociedade em que estão inseridos, e exercerem, assim, sua cidadania), não está sendo fornecido de maneira adequada e nem cumprindo com sua finalidade (promover a aprendizagem e o desenvolvimento) àqueles que mais necessitam dele para buscarem uma igualdade, desmarginalização, conhecimento e oportunidades no meio social.

Será que nessas circunstâncias, com toda essa defasagem e sucateamento do ensino, tendo em vista que os estabelecimentos foram declarados pelo grupo de pesquisadores como inadequado, seria essa educação infantil que integra o mínimo existencial? Talvez do ponto de vista assistencial sim, pois, por mais que precárias as instalações, a comunidade em geral que dela faz uso necessita da prestação desse serviço, mas do ponto de vista educacional o Estado tem muito a melhorar.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental social à educação é julgado como o mais importante de todos os direitos, pois ele possibilita a percepção dos demais e permite que o indivíduo possa enxergar sua realidade. É um direito que produz a capacidade de formação de uma mente pensante, formuladora de concepções e não meramente reprodutiva de “verdades” dos outros; é capaz de estimular e desenvolver o saber, indo de encontro à alienação; proporciona conhecimento, de modo a desenvolver a capacidade do indivíduo para fazer valer seus direitos, exigindo do Estado o cumprimento de suas obrigações; aflora, promove e municia os indivíduos com habilidades e competências que esse direito é capaz prover. Sendo possível, dessa maneira, utilizando esse direito como ferramenta, vislumbrar a possibilidade de alcance pleno, quem sabe, da qualidade de vida e da dignidade da pessoa humana.

Ao direito à educação, constitucionalmente previsto pela CRFB/88 como direitos fundamentais sociais, é atribuído o regime dos direitos fundamentais, ou seja, ele se trata de

uma norma constitucional vinculante e a possui força superior em relação às demais normas jurídicas. Adentrando na classificação de Robert Alexy, ficou constatado que, da forma como o direito à educação está arrolado no art. 6º da CRFB/88, trata-se de um princípio, que objetiva ser satisfeito em sua totalidade, algum dia, porém, no momento, devendo se provido na medida do possível. Isso ocorre pois, por mais que o direito à educação esteja elencado/positivado/delimitado no rol de direitos do art. 6º, ao mesmo tempo, ele é muito abrangente. Ou seja, na CRFB/88 os direitos fundamentais sociais estão delimitados no sentido de que possuem um rol com eles expressamente previsto (saúde, educação, transporte...), porém, em contrapartida, tratam-se de pontos muito amplos, muito abrangentes, ficando a encargo, primeiramente, dos poderes executivo e legislativo promoverem a concretização desses direitos e formalizarem no ordenamento jurídico tudo que esse direito engloba (sua abrangência), e, se houver omissão ou a prestação do direito em desconformidade, de maneira inadequada, o poder judiciário, quando provocado, se manifestará, assegurando, pelo menos, uma prestação correspondente ao mínimo existencial que aquele caso requer.

A reserva do possível, condicionante das prestações estatais, desde que devidamente comprovada, está intimamente ligada não só ao financeiramente viável, mas também à necessidade e íntima ligação junto ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta dissertação, foi analisada a fundamentalidade do direito à educação infantil no Brasil. Direito esse que essencial e que desempenha um papel social de grande relevância que deveria ser levado mais a sério pelo poder executivo.

Constatou-se afastabilidade da eficácia e eficiência na forma como a educação infantil está sendo provida às crianças, tendo em vista que, por mais que o estudo de campo analisado no subtítulo 6.2 desta dissertação se tratou de uma pesquisa regional em um determinado município do estado de Minas Gerais, se partir-se do pressuposto de que a realidade dos demais municípios brasileiros fosse, mais ou menos, equiparada a essa, ter-se-ia como resultado uma realidade considerada muito alarmante.

Coadunando os dados apurados da mencionada pesquisa com a legislação brasileira e arquivos do governo federal arrolados ao longo desta dissertação, observa-se que muito se fala em encarar a creche e a pré-escola como ligadas ao setor educacional, e não ao de assistência social. Entretanto, a forma como a legislação estipula (não avaliando a qualidade do ensino na educação infantil e não estipulando critérios além da idade para a promoção de um ano para o outro) e a população age (não incentivando a criança e, muitas vezes, recorrendo a esses estabelecimentos de ensino não por acreditar no trabalho educativo desempenhado, mas sim pela necessidade de ir trabalhar e precisar deixar a criança com alguém), demonstram o

contrário. Assim, apesar de todos os avanços sociais atingidos com a vigência da CRFB/88, ainda hoje é possível dizer que a educação infantil é encarada mais como de caráter assistencialista do que de caráter educacional.

De acordo com o STF, pode-se afirmar que no Brasil a corte maior vislumbra a educação infantil como etapa componente do mínimo existencial e sendo considerada também um direito público subjetivo.

Por mais que o direito público subjetivo se trate de uma faculdade do sujeito, talvez seja a hora do ordenamento jurídico brasileiro repensar esse ponto. Talvez, poderia o poder judiciário, em assuntos dessa natureza, que envolvem muitas pessoas, não observar somente e exclusivamente o caso de quem o procurou, em sua individualidade, mas que avalie todo contexto. Como é o caso da educação, em que não raras vezes os estabelecimentos de ensino possuem listas de espera, devendo o poder judiciário honrá-las, analisá-las, respeitando a ordem articulada estabelecida ou redefinir essa lista por ordem de prioridade, avaliando a renda, proximidades do estabelecimento de ensino do lar do requerente etc.

Assim, talvez a ideia que se pode extrair da teoria da justiça distributiva de Rawls é “aplicar o princípio da igualdade na dosagem certa”, para cada situação uma proporção diferente, variando de acordo com o caso concreto e com a necessidade de cada um. As necessidades de uma família classe média não se comparam às necessidades de alguém na faixa de extrema pobreza. Em uma se faltam os suprimentos básicos para higiene, alimentação e saúde, devendo serem tratadas com prioridade em relação às demais.

O direito à educação infantil é um direito constitucional, que além de expresso está sendo provido, ainda que não em sua integralidade a todos que solicitam. Deverá o poder público aprimorar esse direito e as condições físicas e materiais, tendo em vista que os direitos não podem estagnar e nem mesmo serem suprimidos, tendo como embasamento o princípio da proibição do retrocesso e o da defesa da segurança jurídica.

O que se observa é que, ao colocar a Educação Infantil como primeira etapa da educação básica o que se buscou foi suprir as carências da sociedade, tanto sociais quanto financeiras. Não é que a educação infantil não seja importante para a vida da criança, porém, o estado precisa mudar e avançar no seu comportamento, capacitando professores, melhorando as instalações do ambiente educacional, reforçando merendas, investindo em material didático etc.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AMARO, Livia Lúcio de Mattos et al. **Desenvolvimento infantil**: comparação entre crianças que frequentam ou não creches públicas. Rev. bras. crescimento desenvolv. Hum. São Paulo, v. 25, n. 2, p. 170-176, 2015. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12822015000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 3 abr. 2019.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas**: uma decisão singular do Tribunal Constitucional. In: Jurisprudência Constitucional, n.01, jan-mar., 2004.

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ASSIS, Renata Machado de. **A educação brasileira durante o período militar**: a escolarização dos 7 aos 14 anos. Educação em Perspectiva, Viçosa, v. 3, n. 2., jul./dez. 2012.

ATRIA, Fernando. **Existem Direitos Sociais?**. P. 09-46. In: Cláudio Ari Mello (Coord.). Os Desafios dos Direitos Sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

AURÉLIO. **Dicionário do Aurélio Online 2018**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/educacao>>. Acesso em: 09 de mar. 2019.

BARBOSA, Rui. **Relatório do Ministro da Fazenda**. Obras completas 1891. v. 18, t. 3. Rio de Janeiro: MEC, 1949.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. P. 1-29. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 7 maio 2019.

BEDÊ, Fayga Silveira. **Sísifo no limite do imponderável ou direitos sociais como limites ao poder reformador**. P. 89-118. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais**. P. 103-196. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular**. Brasília: MEC. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_EI_EF_110518_versaofinal_site.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2019.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. CNE/CEB. **Resolução nº 2, de 9 de outubro de 2018**. Define Diretrizes Operacionais complementares para a matrícula inicial de crianças na Educação Infantil e no Ensino Fundamental, respectivamente, aos 4 (quatro) e aos 6 (seis) anos de idade. Brasília: 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=98311-rceb002-18&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192>. Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. Conselho Nacional de Educação. CNE/CEB. **Resolução nº 6, de 20 de outubro de 2010**. Define Diretrizes Operacionais para a matrícula no Ensino Fundamental e na Educação Infantil. Brasília: 2010. Disponível em: <<http://www.ceeipi.pro.br/Norma%20CNE%20MEC/2010%20Res%20CNE%20CEB%2006%20-%20Novas%20diretrizes%20operacionais%20para%20EF%209%20anos.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

_____. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

_____. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2019.

_____. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 22 de fev. 2019.

_____. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 7 de set. 2018.

_____. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 16 de set. 2018.

_____. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 5 de out. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2019.

_____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Relatório do 2º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação – 2018**. Brasília, DF: Inep, 2018. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/documents/186968/485745/RELAT%C3%93RIO+DO+SEGUNDO+CICLO+DE+MONITORAMENTO+DAS+METAS+DO+PNE+2018/9a039877-34a5-4e6a-bcfd-ce93936d7e60?version=1.26&download=true>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. **Lei 4.024, de 20 de dezembro de 1961**. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4024.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. **Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014**. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 20 jan. 2019.

_____. **Lei Nº 010172, de 9 de janeiro de 2001**. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/L10172.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

_____. **Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834**. Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de Outubro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM16.htm>. Acesso em: 9 fev. 2019.

_____. **Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971**. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5692.htm>. Acesso em: 13 abr. 2019.

_____. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **Lei Nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 5 abr. 2019.

_____. Ministério da Educação e do Desporto. Secretaria de Educação Fundamental. **Referencial curricular nacional para a educação infantil**. Vol. 1. Brasília: MEC/SEF, 1998.

_____. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP. **Plano Nacional de Educação 2014-2024** – Linha de Base. Meta 1.

Ficha Técnica. Brasília: Inep, 2014. Disponível em: <http://simec.mec.gov.br/pde/pne/notas_tecnicas/Nota_Tecnica_Meta_1_ciclo_1.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2018.

BRASIL. **Portaria/FNDE n. 946, de 29 de abril de 2019**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/index.php/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/item/12858-portaria-n%C2%BA-207,-de-22-de-abril-de-2019>>. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639.337**. São Paulo: 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 956.475**. Rio de Janeiro: 2011. Inteiro Teor. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE956475RJDeciso.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRITO, Miguel Nogueira de. **As Andanças de Cândido: Introdução ao Pensamento Político do Século XX**. Lisboa: Edições 70, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAMPOS, M. M.; ROSEMBERG, F.; FERREIRA, I., M. **Creches e pré-escolas no Brasil**. São Paulo: Cortez, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: UnB, 2. semestre de 1998.

CASTANHA, André Paulo. **O Ato Adicional de 1834 na história da educação brasileira**. *Revista Brasileira de História da Educação*, v. 6, n. 11, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/rbhe/article/view/38639/20170>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan/mar 2006.

COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CORRÊA, Bianca Cristina. **A Educação Infantil**. P. 13-30. In: *Organização do ensino no Brasil: níveis e modalidades na Constituição Federal e na LDB*. Org. OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ADRIÃO, Theresa. 2. ed. São Paulo: Xamã, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte,

ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001.

DUARTE, Clarice Seixas. **Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais**. São Paulo em Perspectiva, 18(2): 113-118, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociedade**. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas: Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Ed. RT, 2001.

GIOIA, Fulvia Helena. **Tributação e Custeio da Educação Pública no Brasil após 1988**. Tese (Doutorado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHLMANN JÚNIOR, MOYSÉS. **Histórias da Educação Infantil Brasileira**. Revista Brasileira de Educação, Campinas, n. 14, p. 5-18, maio/jun./jul./ago. 2000.

_____. **Infância e educação infantil: uma abordagem histórica**. Porto Alegre: Mediação, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Editora Líder, 2001.

LUHMANN, Niklas. **A sociedade mundial como sistema social**. Lua Nova. n. 47. São Paulo: Dedec, 1999.

_____. **Sistemas Sociais: lineamientos para una teoría general**. 2. ed. Barcelona, México, Santafé de Bogotá: Anthropos, Universidad Iberoamericana, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **Direito Subjetivo como Artefato Histórico-Evolutivo: elementos para uma compreensão de sua especificidade moderna**. P. 285-303. In: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. 2007/2.

MATO GROSSO. CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO – CEE/MT. **RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 002/2015-CEE-MT**. Estabelece normas aplicáveis para a Educação Básica no Sistema Estadual de Ensino e dá outras providências. Cuiabá-MT: 2015. Disponível em: <<http://www2.seduc.mt.gov.br/documents/8125245/8532755/RESOLUCAO+NORMATIVA+>>

N+002-2015-CEE-MT.pdf/a070b4d6-5a98-2e47-12d5-76266edc60a7>. Acesso em: 5 fev. 2019.

MEKSENAS, Paulo. **Sociologia da Educação**. 7. ed. São Paulo: Loyola, 1995.

MENEZES, Janaína Specht da Silva. **O financiamento da educação básica pública no Brasil: 500 anos de História**. In: VII Seminário nacional de Estudos e Pesquisas / Histedbr, 2006, São Paulo. Anais do VII seminário Nacional de Estudos e Pesquisas / Histedbr. Campinas: Unicamp, 2006. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_histedbr/seminario/seminario7/TRABALHOS/J/Janaina%20specht%20da%20silva%20menezes.pdf>. Acesso em: 11 mar 2019.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **O direito à educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra/Portugal: Coimbra Editora, 2010.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Curitiba: Juruá, 2008.

ONU. **Declaração dos Direitos da Criança**. 1959. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

PORTELLA, Simone de Sá. **Considerações sobre o conceito de mínimo existencial**. Âmbito Jurídico, Rio Grande. 2007.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais**: Teoria Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

RAWLS, John. **Justiça como Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **O liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000a.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita R. M. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. 2001. Disponível em: <https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/40071/mod_resource/content/1/Livro%20Miguel%20Reale>. Acesso em: 20 abr. 2019.

RIBAS, Cleyton Murilo. **Recursos iniciais iguais ou bens primários**: o conceito de justiça distributiva no debate entre as teorias da justiça de John Rawls e de Ronald Dworkin.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/92521>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

ROCHA, Simone. **A educação como projeto de melhoramento racial**: uma análise do art. 138 da constituição de 1934. Revista Eletrônica de Educação, v. 12, n. 1, p. 61-73, jan./abr. 2018. Disponível em: <www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/download/2116/668>. Acesso em: 13 fev. 2019.

ROHLING, Marcos. **Uma interpretação do direito à educação à luz da teoria de Rawls**. Educação - Porto Alegre, v. 38, n. 3, p. 389-403, set.-dez. 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/view/16351>>. Acesso em: 13 abr. 2019.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. **História da Educação no Brasil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2006.

ROSSETTI-FERREIRA, M. C.; RAMON, F.; SILVA, A. P. S. **Políticas de atendimento à criança pequena nos países em desenvolvimento**. Cadernos de Pesquisa. Fundação Carlos Chagas. São Paulo: Autores Associados, n. 115, p. 65-100, mar., 2002.

SANTOS, Georgianna Silva dos; OLIVEIRA, Maria de Fátima Alves de. **Consumo da merenda escolar por alunos de duas escolas públicas das regiões nordeste e sudeste do Brasil**. Revista Práxis, v. 3, n. 5, 2011. Disponível em: <<http://revistas.unifoa.edu.br/index.php/praxis/article/view/972/982>>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Princípio da proibição de retrocesso nos direitos fundamentais sociais da Constituição Federal de 1998**. P. 47-80. In: ORTIZ, Maria Elena Rodriguez (Org.). Justiça social: uma questão de direito. Rio de Janeiro: Fase: DP&A, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. In: Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça. 2007, n. 1, p. 171-213. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**. Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SAVATER, Fernando. **O Valor de Educar**. São Paulo: Editorial Presença, 1997.

SERRA, Antonio Truyol y. **História da filosofia do direito e do estado**. Trad. Henrique Barrilaro Ruas. Lisboa: Instituto de Novas Profissões, 1990.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**. V. 1: Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Vírgilio Afonso. **Direitos Fundamentais**. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVIO, Solange Almeida Holanda. **Importância da Educação como Direito Subjetivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Motaui Ciocchetti de. **Direito Educacional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**. P. 29-49. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: jul./set., 1989.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação Constitucional Via Decisões Aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. António José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.